





Universitas
BIBLIOTHECA
Ottaviensis



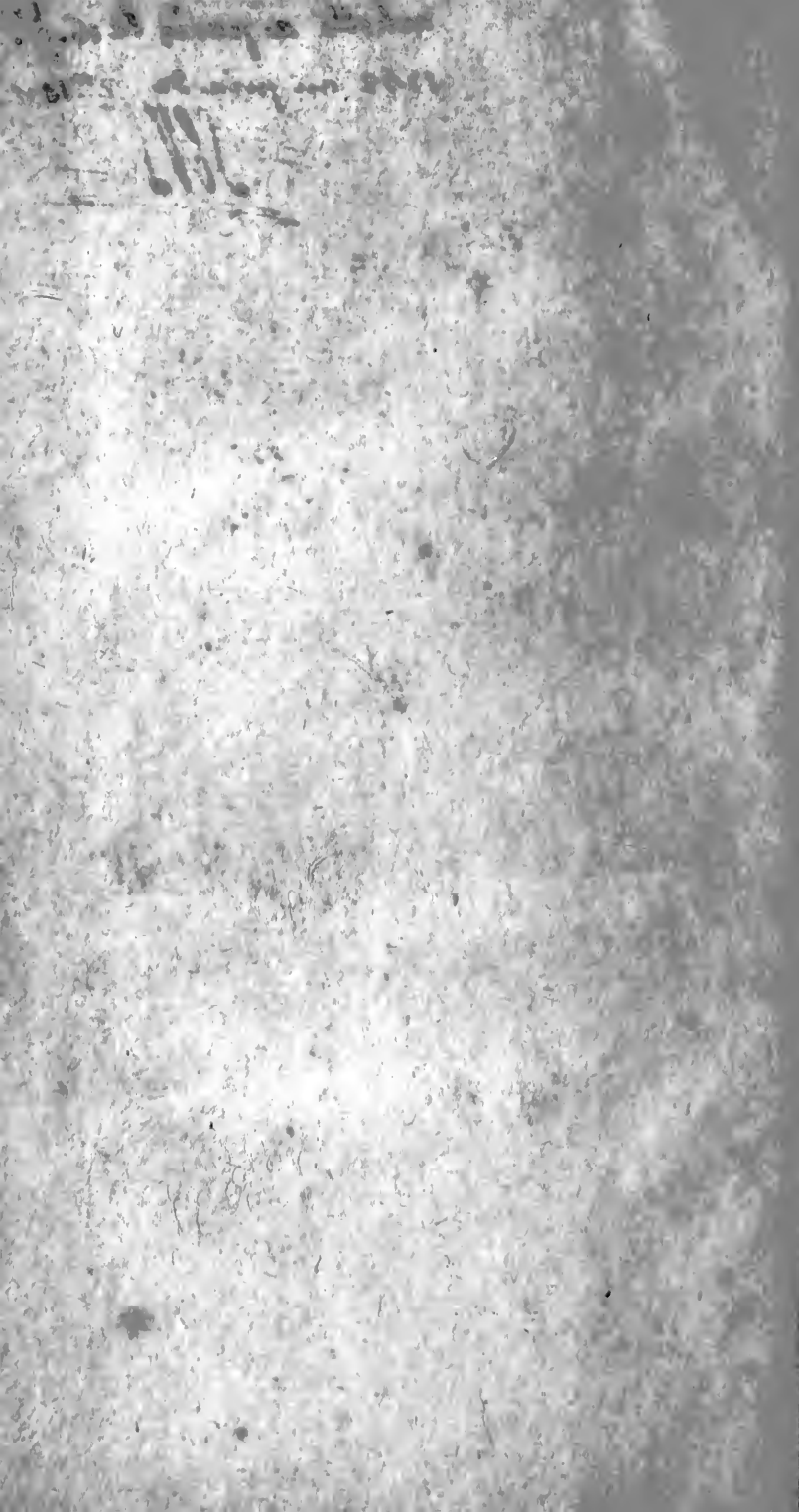
acheté à Paris le 16. 9^{or}.

1752 au prix de 2⁴ 10^r

SW

CE

coll. spec.



L'ESPRIT

D E S

DEUX ORDONNANCES

DE LOUIS XV.

SUR LES DONATIONS

ET SUR LES TESTAMENS.

Salle, Jacques Antoine, 1712-1778

L'ESPRIT

D E S

DEUX ORDONNANCES

DE LOUIS XV.

SUR LES DONATIONS

ET SUR LES TESTAMENS,

Développé par la conférence de leur texte ,
avec celui des anciennes Ordonnances ,
Edits & Déclarations ; ensemble , avec la
Jurisprudence des différens Parlemens du
Royaume & les sentimens des Jurisconsultes.

*Par M. *** Avocat au Parlement.*



A P A R I S,

Chez la Veuve R O U Y , Grand - Salle du
Palais , à l'Epée Royale herminée.

M. DCC. LII.

Avec Approbation & Privilège du Roy.

Universitas

KJV
1340

.S254

1752

Coll. s/ee.



A MONSEIGNEUR
DE MAUPEOU,
PREMIER PRÉSIDENT
DU PARLEMENT.



ONSEIGNEUR,

*LA bonté avec laquelle vous avez
bien voulu agréer que cet Ouvrage
parut sous vos auspices, m'autorise,
en vous le présentant, à vous ren-
dre publiquement un hommage que
je vous rends en secret depuis très-*

E P I T R E.

long-tems. C'est un tribut de reconnaissance dont votre modestie peut d'autant moins s'offenser, qu'en célébrant vos vertus, je ne suis que l'Echo de tout le monde.

Placé à la tête du premier Sénat du Royaume, par le choix d'un Monarque judicieux qui sçait distinguer & récompenser le mérite, tout en vous, MONSEIGNEUR, justifie l'excellence de ce choix. Amour de l'ordre & de la justice, zèle infatigable, discernement profond, application continuelle, noble & facile élocution, sage & prudente fermeté, dévoüement entier au bien public, esprit solide, cœur généreux, représentation majestueuse : tels sont les principaux traits qui vous caractérisent, & qui vous concilient, à si juste titre, l'amour & la vénération des Peuples. Qui n'y reconnoît en effet le grand Homme & le grand Magistrat ?

A tant de qualités éminentes, se joint un avantage bien flateur pour

E P I T R E.

*un pere ; c'est, MONSEIGNEUR,
de vous voir revivre dans un fils di-
gne de vous.*

*Long tems Chef du Tribunal re-
doutable qui décide souverainement
de la vie & de la mort des Citoyens ,
cette rigide mais nécessaire sévérité ,
dont il étoit obligé par état de s'ar-
mer contre les coupables , sembloit
faire violence à la douceur naturelle
de ses mœurs. Mais maintenant ren-
du à des fonctions moins austères
dont il partage avec vous le poids , *
il pourra désormais laisser un libre
cours à cette affabilité bienfaisante
qui lui est propre & qui donne encore
un nouveau lustre à ses autres vertus.*

*J'ai l'honneur d'être, avec un très-
profond respect ,*

* Monsieur
le Président
de Maupeou
vient de pas-
ser, par le dé-
cès de M. d'A-
ligre, du ser-
vice de la
Tournelle, à
celui de la
Grand' Cham-
bre.

MONSEIGNEUR ,

Votre très-humble & très-
obéissant serviteur
Avocat au Parlement.


AVERTISSEMENT.

SI cet Ouvrage est agréé du Public , on se propose de lui donner incessamment la continuation du même travail , tant sur l'Ordonnance du mois de Juillet 1737. concernant le *Faux principal & incident* & la *reconnoissance des Ecritures privées* , que sur celle des *Substitutions* , du mois d'Août 1747.



ORDONNANCE DES DONATIONS.

P R E A M B U L E.

 OUIS , par la grace de Dieu , Roi de France & de Navarre : A tous présens & à venir : SALUT. La Justice devroit être aussi uniforme dans ses jugemens que la Loi est une dans ses dispositions , & ne pas dépendre de la différence des tems & des lieux , comme elle fait gloire d'ignorer celle des personnes. Tel est l'esprit de tous les Législateurs ; & il n'est point de Loi qui ne renferme le vœu de la perpétuité & de l'uniformité. Leur principal objet est de prévenir les procès :

encore plus que de les terminer ; & la route la plus sûre pour y parvenir , est de faire régner une telle conformité dans les décisions , que , si les plaideurs ne sont pas assez sages pour être leurs premiers Juges , ils sçachent au moins , que dans tous les Tribunaux ils trouveront une Justice toujours semblable à elle-même par l'observation constante des mêmes règles. Mais comme si les Loix & les Jugemens devoient éprouver ce caractère d'incertitude & d'instabilité , qui est presque inséparable de tous les ouvrages humains , il arrive quelquefois , que , soit par un défaut d'expression , soit par les différentes manières d'envisager les mêmes objets , la variété des jugemens forme , d'une seule Loi , comme autant de Loix différentes , dont la diversité & souvent l'opposition , contraires à l'honneur de la Justice , le sont encore plus au bien public. De-là naît en effet cette multitude de conflits de Jurisdiction , qui ne sont formés par un plaideur

trop habile , que pour éviter par le changement de Juges , la Jurisprudence qui lui est contraire , & s'assurer celle qui lui est favorable ; en sorte que le fond même de la contestation se trouve décidé par le seul jugement qui règle la compétence du Tribunal. Notre amour pour la justice , dont nous regardons l'administration comme le premier devoir de la Royauté & le desir que nous avons de la faire respecter également dans tous nos Etats , ne nous permettent point de tolerer plus long-tems une diversité de Jurisprudence qui produit de si grands inconvéniens. Nous aurions pu la faire cesser avec plus d'éclat & de satisfaction pour nous , si nous avions différé de faire publier le corps des Loix qui seront faites dans cette vuë , jusqu'à ce que toutes les parties d'un projet si important eussent été également achevées. Mais l'utilité qu'on doit attendre de la perfection de cet Ouvrage , ne pouvant être aussi prompte que nous le desir-

rions , notre affection pour nos Peuples , dont nous préférons toujours l'intérêt à toute autre considération , nous a déterminés à leur procurer l'avantage présent , de profiter , au moins en partie , d'un travail dont nous nous hâterons de leur faire bientôt recueillir tout le fruit. Et nous leur en donnons comme les prémices , par la décision des questions qui regardent la nature , la forme & les charges ou les conditions essentielles des Donations : matiere qui soit par sa simplicité , soit par le peu d'opposition qui s'y trouve entre les principes du Droit Romain & ceux du Droit François , Nous a paru la plus propre à fournir le premier exemple de l'exécution du plan que nous nous sommes proposé. Avant que d'y établir des regles invariables , nous avons jugé à propos de nous faire informer , exactement par les principaux Magistrats de nos Parlemens & de nos Conseils supérieurs, des différentes Jurisprudences qui s'y obser-

vent ; & nous avons eu la satisfaction de voir , dans l'exposition des moyens propres à les concilier , que ces Magistrats , uniquement occupés du bien de la Justice , nous ont proposé souvent de préférer la Jurisprudence la plus simple & par cela même la plus utile , à celle que le préjugé de la naissance & une ancienne habitude pouvoient leur rendre plus respectable ; ou s'il y a eu de la diversité de sentimens sur quelques points , elle n'a servi , par le compte qui nous en a été rendu dans notre Conseil , qu'à développer encore plus les véritables principes que nous devons suivre , pour rétablir successivement dans les différentes matières de la Jurisprudence où l'on observe les mêmes Loix , cette uniformité parfaite qui n'est pas moins honorable au Législateur , qu'avantageuse à ses sujets. A CES CAUSES , &c. Nous avons dit , déclaré & ordonné ; disons , déclarons , ordonnons & nous plaît ce qui suit.

Distribution Générale.

P Our remplir le plan que s'est formé le Législateur dans l'Ordonnance de 1731, de fixer par une Loi certaine & immuable la variété & l'incertitude de la Jurisprudence sur les plus grandes & les plus importantes questions auxquelles les Donations peuvent donner lieu ; il s'est proposé six objets principaux à examiner.

1^o. La forme extérieure de l'Acte de Donation ; ce que les Loix & les Jurisconsultes appellent *l'Instrument* de la Donation, *Instrumentum Donationis*.

2°. La nécessité de l'*Acception* de la part du Donataire.

3°. La nécessité de la *Tradition* des choses données.

4°. Les règles & la nécessité de l'*Insinuation*.

5°. Le retranchement des Donations pour raison de la *Légitime*.

6°. La *Révocation* de la Donation par la survenance d'enfans.

Ces six objets feront la matière des six Titres sous lesquels on a rassemblé tous les Articles de l'Ordonnance.



TITRE PREMIER.

De l'Instrument de la Donation.

LEs vices qui peuvent se rencontrer dans *l'Instrument* ou forme extérieure de l'Acte de Donation, sont les premiers qui frappent la vuë ; c'est pourquoi l'Ordonnance commence par régler cette forme extérieure. Elle prescrit dans les Articles I. & II. les formalités qui y sont nécessaires ; & par une conséquence de l'établissement de ces formalités, elle abroge dans les Articles III. & IV. une espèce de Donation amphibie, connue dans le Droit Romain sous le nom de Donation à cause de mort, qui tenoit moitié de la Donation entre-vifs, moitié du Testament, & que

De l'Instrument de la Donation. §
que quelques Jurisconsultes vou-
loient affranchir des formalités
de l'un & de l'autre. Telle est la
matière des quatre Articles qui
composent ce premier Titre.

ARTICLE PREMIER.

*Tous Actes portant Donation entre-
vifs, seront passés pardevant No-
taires, & il en restera Minutes,
à peine de nullité.*

Seront passés pardevant Notaires.

Les Auteurs avoient été, jusqu'à notre Or-
donnance, partagés sur la question de sçavoir
si une Donation faite sous seing privé étoit va-
lable, ou non. Les uns croyoient qu'il n'étoit
pas besoin que la Donation fut faite pardevant
Notaire, d'autant qu'aucune de nos Loix ne le
requiert, mais qu'il suffisoit qu'elle fut signée
du Donateur & du Donataire, pourvu cé-
pendant que la donation fut insinuée avant la
dernière maladie du Donateur. Dupleffis sur
Paris, *Titre des Donations, Liv. 2. Sect. 5.*
semble incliner pour cet avis.

D'autres, à la tête desquels on peut mettre
Ricard (a), étoient d'un avis contraire. Ils pen-

(a) Ricard des Donations, Part. I. Chap. 4. Sect. 2.
N°. 881.

soient que comme les Donations sous seing privé , n'ont aucune datte certaine , & que tous les Actes emportant hypotheques faits postérieurement , y sont préférables , elles tomboient dans l'inconvénient de la règle *donner & retenir* , si elles demeuroient en cet état jusqu'au jour du décès du Donateur , parce qu'il auroit toujours conservé par ce moyen la liberté de faire qu'elles ne subsistassent plus. L'insinuation faite même avant la mort du Donateur ne pouvoit pas parer cet inconvénient ; parce que le Registre des Insinuations peut bien faire foi que la Donation a été insinuée , mais non pas prouver la vérité de la Donation : autrement il n'y auroit rien de plus facile que de supposer de fausses Donations selon la remarque judicieuse de Ricard. Il est vrai que pour autoriser ce dernier sentiment , on ne rapportoit aucun texte formel de Loi , ni de Coutume. On auroit pu cependant tirer quelque avantage de l'Article CXXXIII. de l'Ordonnance de 1539. & de la Déclaration rendue sur cette même Ordonnance au mois de Février 1549. qui veulent que quand la Donation est commencée en l'absence du Donataire , l'acceptation soit faite par lui en présence de *personnes publiques & de Témoins , ou de deux Notaires* ; d'où il semble que l'on peut conclure indirectement que toutes Donations doivent être passées pardevant Notaires & personnes publiques. Mais pour trancher tout doute & toute difficulté , la présente Ordonnance en a fait une Loi précise , entendant que dorénavant , *tous Actes portant Donation entre-vifs , seront passés pardevant Notaires.*

De l'Instrument de la Donation. 7

Et il en restera minute à peine de nullité.

Cette seconde disposition est une suite nécessaire de la première ; car en vain auroit-on ordonné que les Donations seroient faites devant Notaires , si on n'eut en même tems statué qu'il en resteroit minute , pour en conserver la preuve à l'abri de toute atteinte dans un dépôt public. En effet , il seroit toujours au pouvoir des parties d'anéantir la Donation quand elles le jugeroient à propos , si elle n'étoit qu'en brevet , ou si il leur étoit permis d'en retirer la minute des mains du Notaire ; ce qui seroit d'ailleurs directement contraire à l'essence & à la nature de la Donation entre-vifs , dont le caractère principal & distinctif est d'être irrévocable.

On ne pourroit même à présent avoir égard à l'ouverture proposée par Ricard , de faire une Donation sous feing privé , & la déposer ensuite chez un Notaire , quand bien même il resteroit minute de l'Acte de dépôt. Car quoique cet expédient semble remédier à tout inconvénient , l'article présent ne peut s'exécuter par équipolance ; il est impératif & contient un commandement absolu : *Tous Actes portant Donations entre-vifs , seront passés pardevant Notaires , & il en restera minute à peine de nullité.*

A R T I C L E I I.

Les Donations entre-vifs seront faites dans la forme ordinaire des

A iv

Contrats & Actes passés pardevant Notaires , & en y observant les autres formalités qui y ont eu lieu jusqu'à présent , suivant les différentes Loix , coutumes & usages des Pays , soumis à notre domination.

Les Donations entre-vifs , seront faites dans la forme ordinaire des Contrats & Actes passés devant Notaires.

C'est-à-dire , que les Donations doivent être passées pardevant deux Notaires , ayant pouvoir & caractère sur les lieux , ou pardevant un Notaire & deux Témoins ; qu'elles doivent être signées des deux Notaires , ou du Notaire & des deux Témoins , ainsi que du Donateur & du Donataire ; & si l'un d'eux , soit le Donateur , soit le Donataire , ne sçait signer , l'Acte doit contenir déclaration expresse de leur part , qu'ils n'ont pû signer *de ce interpellés* , à peine de nullité. Toutes ces formalités sont généralement de tous les Contrats. Mais il y a cette différence entre les Donations entre-vifs & les autres Contrats , que les premières étant passées pardevant Notaires , non ayant pouvoir , comme devant un Notaire Royal , hors son ressort , (s'il n'étoit instrumentant par tout le Royaume ,) ou autre Notaire subalterne dans le ressort duquel les deux Contractans ne seroient

De l'Instrument de la Donation. 9

point domiciliés , elles sont absolument nulles ; au lieu que les autres Contrats dans cette même espèce , ne sont point tout-à-fait nuls , mais valent comme Actes sous signatures privées. (a)

Cependant Ricard est d'un avis contraire : il n'estime pas qu'une Donation dût être nulle par cette seule considération , qu'elle seroit passée par un Notaire hors de son ressort , & voici qu'elle est la raison de son sentiment. *Je ne crois pas , dit-il , (b) que nous devons traiter cette matière des Donations avec tant de rigueur que celle des Testamens , en laquelle nos Coutumes désignant expressément que le Testament soit reçu pardevant un Notaire , il est absolument nécessaire que le Notaire instrumente dans l'étendue de son ressort , sinon l'Acte demeureroit sans effet , parce que le Notaire n'a point de pouvoir ni de caractère hors la juridiction en laquelle il a été immatriculé ; & ainsi la Loi s'étant particulièrement attachée à la qualité du Notaire , il y a raison de se persuader qu'elle n'a considéré que ceux qui avoient ce titre dans le lieu dont elle a voulu parler ; ce qui ne peut pas être étendu aux Donations entre-vifs ; parce que nos Coutumes n'ayant pas imposé l'obligation de les passer pardevant des Notaires , la résolution que nous prenons que la Donation doit leur être déposée entre les mains , n'est fondée que sur les conséquences , & pour faire que le Public ait une assurance du jour que la Donation a été passée.*

(a) Chopin sur ce Titre , n°. 18.

Brodeau sur Louet lettre N. sommaire 10.

Duplessis sur ce Titre , sect. 6.

(b) Ricard des Donations I. part. Chap. 6. sect. prem.
n°. 886.

Tels sont les motifs de l'avis de Ruard.

Mais quand bien même l'autorité d'un Jurisconsulte aussi profond sur cette matière, seroit capable de faire valider les Donations de cette espèce faites avant la présente Ordonnance, elle seroit insuffisante pour faire valoir celles qui auroient pu être faites depuis ; & cela en suivant le propre raisonnement de cet Auteur célèbre. Car tout son système n'est appuyé que sur ce qu'il n'y avoit de son tems aucune obligation *expresse*, imposée ni par la Coutume, ni par les Ordonnances, de faire les Donations pardevant Notaires, & que cette formalité n'avoit été introduite dans l'usage que par rapport aux conséquences ; mais aujourd'hui il n'en est plus de même. L'Ordonnance de 1731. en fait une Loi *expresse*. Et l'Article I. de cette Ordonnance n'assujettit pas moins *expressément* les Donations à être faites devant Notaires, que la Coutume y assujettit les Testamens. Par conséquent si les Testamens ne peuvent être reçus, de l'aveu même de Ricard, que par des Notaires ayant caractère dans le lieu où ils les reçoivent ; de même les Donations ne peuvent depuis l'Ordonnance de 1731. être faites devant des Notaires hors leur ressort, en suivant les principes même de ce Docteur ; puisque selon lui-même, des Notaires hors leur ressort sont des personnes privées.

A R T I C L E III.

*Toutes Donations à cause de mort ,
à l'exception de celles qui se feront*

De l'Instrument de la Donation 11

par Contrat de Mariage , ne pourront dorénavant avoir aucun effet dans les pays même où elles sont expressement autorisées par les Loix , ou par les Coutumes , que lorsqu'elles auront été faites dans la même forme que les Testamens , ou les Codiciles ; en sorte qu'il n'y ait à l'avenir dans nos Etats que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit , dont l'une sera celle des Donations entre-vifs , & l'autre celle des Testamens ou des Codiciles.

Toutes Donations à cause de mort ne pourront avoir aucun effet , que lorsqu'elles auront été faites dans la même forme que les Testamens & Codiciles.

Cette disposition termine une grande question long-tems agitée au Barreau , & qui a eu des partisans distingués pour & contre jusqu'à la publication de cette Ordonnance. Les uns soutenoient qu'il n'y avoit point , (du moins dans la France Coutumière ,) de Donations à cause de mort distinctes des Testamens , par conséquent qu'elles ne pouvoient

valoir qu'autant qu'elles étoient revêtues de toutes les formalités nécessaires aux Testaments. D'autres prétendoient au contraire que les Donations à cause de mort, étoient admises même dans la France Coutumière, & qu'elles se faisoient suivant la forme ordinaire des Contrats, c'est-à-dire, pardevant deux Notaires. Ceux qui étoient de cette dernière opinion, invoquoient en leur faveur l'Article CCLXXVII. de la Coutume de Paris, qui admet littéralement des Donations à cause de mort & Testamentaires dans certains cas ; d'où ils concluoient que les réformateurs de la Coutume, qui ont ajouté cet article, bien loin de parler des Donations à cause de mort au cas mentionné en cet Article, auroient dit au contraire en ce cas que telles Donations sont nulles, s'ils n'avoient pas reconnu leur existence distincte & séparée des autres dispositions gratuites.

Ils appuyoient encore leur sentiment sur différens Arrêts. Le premier est de 1568. rapporté par le Vert, *Chapitre 91.* appelé l'Arrêt de Thiouft, par lequel une Donation faite à cause de mort, fut confirmée, & ils assuroient que c'est sur cet Arrêt que les réformateurs de la Coutume se sont fondés lorsqu'ils ont ajouté l'Article CCLXXVII. à la réformation de l'ancienne Coutume. Le second est du 20 Mars 1608. rendu en l'Audience de la Grand'Chambre. Le troisième est du 4 Janvier 1643. rendu en la quatrième Chambre des Enquêtes. Ces deux derniers Arrêts sont cités par Brodeau sur M. Louet, *lettre D. Chapitre 20.*

Ceux qui vouloient au contraire qu'il ne

De l'Instrument de la Donation. 13

pût y avoir de Donations à cause de mort variables, qu'autant qu'elles seroient revêtues de toutes les formalités des Testamens, (1) se fondonient principalement sur ce que, si on admettoit des Donations à cause de mort dénuées de toutes les formalités des Testamens, ce seroit un moyen infallible pour éluder la Loi & pour autoriser la suggestion qu'elle a tant pris soin d'empêcher en établissant les formalités des Testamens. Et en effet comme il est bien plus facile de surprendre de nous un Testament qui ne fait tort qu'à nos héritiers, qu'une Donation entre-vifs, par laquelle nous nous dépouillons nous même de notre vivant ; les Loix ont voulu, par les solemnités qu'elles ont prescrites pour les Testamens, en obligeant le Testateur d'écrire sa volonté de sa main ou de la dicter & d'en entendre la lecture réitérée, lui donner sujet de faire une plus mure réflexion sur ce qu'il fait, puisque son intérêt ne l'y oblige pas si particulièrement dans ce cas que lorsqu'il s'agit de signer une Donation entre-vifs. Or voulant faire un Testament suggéré ou surprendre le Testateur, on n'auroit qu'à donner à l'Acte la forme d'une Donation à cause de mort, qui dispenseroit des formalités des Testamens & qui auroit cependant le même effet : si de pareilles Actes avoient lieu, il faudroit entièrement abolir toutes les sages précautions de la Loi dans l'institution des formalités des Testamens.

Les Jurisconsultes qui sont de cette der-

(1) Ricard des Donations, Part. 1. chap. 2. n°. 43. & suivans.

Duplessis sur Paris des Donations. Liv. 2. sect. 1.

niere opinion , alléguoient aussi en leur faveur plusieurs Arrêts , l'un du 21 Février 1639 ; un autre rendu en la Coutume de Vitry , en la Grand'Chambre le 9 Janvier 1639. rapporté dans le Journal du Palais , Part. III. pag. 241. & un troisième enfin du 8 Février 1668. recueilli dans le troisième tome du Journal des Audiences.

La nouvelle Ordonnance s'est déclarée pour ce dernier sentiment , (qui à la vérité a toujours été le plus accrédité ,) en ordonnant que toutes *Donations à cause de mort ne pourront dorénavant avoir aucun effet , que lorsqu'elles auront été faites dans la même forme que les Testamens ou les Codiciles ; en sorte qu'il n'y ait à l'avenir que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit , dont l'une sera celle des Donations entre-vifs , & l'autre celle des Testamens ou des Codiciles.*

Dans les Pays même où elles sont expressément autorisées par les Loix & par les Coutumes.

Avant la nouvelle Ordonnance toutes les Provinces qui suivent le Droit écrit , & même quelques Coutumes voisines , comme celles d'Auvergne , Article XXXVIII. Chap. 14. admettoient expressément des donations à cause de mort distinctes des Testamens & Codiciles.

Ces Donations à cause de mort , suivant le Droit Romain , n'étoient point différentes des dispositions testamentaires , quant à ce qui est de plus essentiel à l'une & à l'autre.

tre. (a) Car les unes & les autres étoient révocables jusqu'au dernier moment de la vie du Donateur ou du Testateur , & ne commençoient à avoir leur plein & entier effet qu'après sa mort & contre ses héritiers.

A l'égard de la forme , (b) les Donations à cause de mort avoient cette conformité , par le Droit Romain , avec les Testamens & les Codiciles , qu'elles pouvoient être faites aussi bien par écrit que sans écrit. Mais il y avoit cette différence entre ces trois Actes , qu'au lieu que pour rendre les Testamens solennels , ils devoient être faits en présence de sept témoins appelés & pris pour cet effet , il suffisoit , à l'égard des Donations à cause de mort & Codiciles , qu'il s'y fut rencontré cinq témoins , bien qu'ils s'y fussent trouvés sans en avoir été requis ; pourvû cependant qu'ils y eussent été présens en même tems , & qu'ils eussent souscrit , dans le cas où l'Acte auroit été rédigé par écrit.

Le Codicile & la Donation à cause de mort , avoient aussi entr'eux cette différence , (c) qui leur servoit de distinction , que le Codicile étoit la volonté d'une seule personne , au lieu que la Donation à cause de mort ne se pouvoit faire sans stipulation & sans le concours de deux volontés : & en conséquence il étoit nécessaire que la Donation fut suivie d'acceptation de la part du Donataire. *Nam mortis causâ donatur , quod presens presenti dat* , dit la Loi , *inter 38. dig. de mort. caus. donat.*

(a) Ricard des Donations , Part. I. Chap. 2. n°. 19.

(b) Idem. n°. 23.

(c) Idem. n°. 24.

Cette espèce de Donation n'est même depuis long-tems presque plus d'aucun usage dans les Pays de Droit écrit , si ce n'est dans le cas qui suit : (a) quand un mari & une femme du Pays de Droit écrit , se donnoient quelque chose durant leur vie , la Donation étoit réputée à cause de mort , quoiqu'elle fut accompagnée de toutes les formalités d'une Donation entre-vifs en cette qualité ; & si elle n'étoit pas révoquée, & que le Donataire eut survécu le Donateur , alors elle étoit valable.

C'est aussi le peu d'usage & le peu de nécessité de ces sortes de Donations qui ont déterminé le Législateur à les abolir , même dans les Pays où elles sont expressément autorisées par les Loix & les Coutumes , suivant le Plan général que le Prince s'est fait , d'établir , autant qu'il seroit possible , une simplicité uniforme de Loi dans tous ses Etats.

*A l'exception de celles qui se feront par
Contrat de mariage.*

Le lien Conjugal est le nœud & le soutien de la société Civile ; c'est pourquoi les Législateurs ont toujours eu grand soin d'y inviter les hommes , en exemptant les Contrats de mariage des règles générales , & en y autorisant toutes sortes de clauses , pourvu qu'elles ne soient pas contraires au bien public & aux bonnes mœurs. Nous en trouverons plus d'un exemple dans cette Ordonnance.

(a) L. 11. ff. de Donation. inter vir. & uxor.

ARTICLE IV.

Toute Donation entre-vifs , qui ne seroit valable en cette qualité , ne pourra valoir comme Donation ou disposition à cause de mort , ou Testamentaire , de quelque formalité qu'elle soit revêtue.

Toute Donation entre-vifs , &c.

Cet Article introduit sur ce point un Droit nouveau : car tous les Auteurs, mêmes ceux qui n'admettent d'autres Donations à cause de mort , que celles qui sont revêtus de toutes les formalités des Testamens , pensent , d'après l'Article CCLXXVII. de la Coutume de Paris , que les Donations entre-vifs faites par un homme malade de la maladie dont il meurt , ne pouvant valoir comme Donation entre-vifs , sont réputées à cause de mort & Testamentaires , & par conséquent sont valables si elles sont revêtues de toutes les formalités prescrites pour les Testamens ; c'est-à-dire , que si ces Donations revêtues des formes des Testamens n'excèdent point ce dont il est permis de disposer par Testament , elles sont valables pour le tout ; & si elles excèdent , elles sont réductibles à ce dont il est permis de disposer par Testament.

Mais le present Article a dérogé en cela à l'Article CCLXXVII. de la Coutume de

Paris, qui porte précisément que *toutes Donations, encore quelles soient conçues entre-vifs faites par personnes gissans au lit malades, de la maladie dont ils décèdent, sont réputées faites à cause de mort & Testamentaires*; d'où il suit que ces Donations étoient autrefois valables, comme Donations à cause de mort, suivant le sentiment des Jurisconsultes, si on y avoit observé les formalités des Testamens. Mais dorénavant *toutes Donations entre-vifs qui ne seront valables en cette qualité, (comme si elles étoient faites par quelque personne malade, de la maladie dont elle est ensuite décédée,)* ne pourra valoir comme Donation ou disposition à cause de mort ou Testamentaire, de quelque formalité qu'elle soit revêtue; c'est-à-dire, quand bien même elle seroit revêtue des formalités des Testamens.

Néanmoins je pense qu'il pourroit encore y avoir un cas où l'on pourroit concilier le présent Article avec l'Article CCLXXVII. de la Coutume de Paris. Si, par exemple, un homme gissant au lit malade, de la maladie dont il seroit ensuite décédé, avoit fait une Donation qualifiée entre-vifs, mais qui auroit tous les caractères d'une libéralité Testamentaire, comme d'être révocable *ad nutum*, & qui d'ailleurs seroit revêtue de toutes les formalités des Testamens, je crois qu'une telle Donation n'ayant contr'elle qu'une fausse dénomination d'entre-vifs mais étant bien réellement & en soi une disposition de dernière volonté, devroit avoir son entière exécution, conformément à l'Article CCLXXVII. de la Coutume, sans qu'on lui pût appliquer l'Article IV. de notre Ordonnance.

TITRE SECOND.

De l'Acceptation.

A Près avoir statué sur la forme extérieure de la Donation entre-vifs , l'Ordonnance passe à sa forme intérieure , c'est-à-dire , aux solemnités qui sont requises pour sa validité.

Ces solemnités sont au nombre de trois , *l'Acceptation* , la *Tradition* & *l'Insinuation*. Mais quoique toutes trois absolument nécessaires , la première & la plus essentielle , est sans contredit *l'Acceptation* , puisque la Donation n'est autre chose qu'une libéralité faite , sans aucun engagement civil , à une personne qui *accepte* cette libéralité. *Donatio est liberalitas, nullo jure cogente, in consentientem collata.*

La nécessité de l'Acceptation est

constante suivant la Jurisprudence universelle de tous les Parlemens du Royaume. Elle est même directement établie par nos Ordonnances. Celle de 1539. après avoir, dans l'Art. CXXXII. fait une Loi expresse de l'insinuation pour les Donations faites en présence des Donataires & par eux *acceptés*, ordonne, Article CXXXIII. quant à celles qui auroient été faites en l'absence des Donataires, *qu'elles commenceront leur effet du tems qu'elles auront été acceptées par les Donataires, en présence des Donateurs & des Notaires, à peine de nullité.*

La Déclaration rendue sur cette Ordonnance au mois de Février 1549. enregistrée le 4 Mars suivant, confirme encore cette nécessité d'*Acceptation* de la part des Donataires, pour opérer la validité des Donations entrevifs, quoiqu'elle ait modéré la rigueur de l'Ordonnance de 1539.

en ce point. Car l'Art. CXXXIX. de cette Ordonnance , vouloit que quand les Donations avoient été faites à des personnes absentes , les Donataires fussent tenus de les accepter *en présence du Donateur & des Notaires* , à peine de nullité. Mais la Déclaration de 1549. a décidé qu'ils pourroient les accepter *en l'absence du Donateur* , pourvû que ce fut de son vivant , & en présence de personne publique & témoins , ou de deux Notaires , & que l'Acte d'Acceptation fut inferé dans l'Acte de Donation.

Le Droit Romain n'est pas moins formel sur la nécessité de l'*Acceptation* de la part des Donataires , que nos Ordonnances. Les Donations entre-vifs y ont toujours été mises au rang des Contrats synallagmatiques , qui ne sont parfaits entre les Parties contractantes, que quand leurs volontés ont concouru & sont engagées également. *In*

omnibus rebus quæ dominium transferunt concurrere oportet effectus ex utrâque parte contrahentium : nam sive ea venditio , sive Donatio , sive aliqua causa contrahendi fuit , nisi animus utriusque consensit , perducere ad effectum , in quod inchoatur non potest. L. In omnibus 55. ff. de Actionib. & obligat.

A l'égard de l'ordre des dispositions de notre Ordonnance qui ont rapport à ce Titre , les Articles V. & VI. prescrivent comment l'*Acceptation* doit être faite en général par ceux qui jouissent de leurs droits ; l'Article VII. comment elle doit être faite pour les mineurs ; l'Article VIII. comment pour les Hôpitaux , Hôtels-Dieu & Paroisses ; l'Article IX. comment pour les femmes mariées ; les Articles XI. & XII. comment pour les enfans nés & à naître. Les Articles X. & XIII. contiennent quelque exception en faveur des Donations

faites par Contrat de mariage. Enfin l'Article XIV. assujettit à la nécessité de l'Acceptation, même les mineurs & autres qui jouissent de leurs privilèges sans espérance de restitution.

A R T I C L E V.

Les Donations entre-vifs , même celles qui seroient faites en faveur de l'Eglise , ou pour causes pies , ne pourront engager le Donateur , ni produire aucun autre effet que du jour qu'elles auront été acceptées par le Donataire ou par son Procureur Général , ou spécial , dont la procuration demeurera annexée à la minute de la Donation ; & en cas qu'elle eut été acceptée par une personne qui auroit déclaré se porter fort pour le Donataire absent , ladite Donation n'aura effet que du jour de la ratification expresse que ledit Donataire en aura faite par

Acte passé pardevant Notaires , duquel Acte il restera minute. Deffendons à tous Notaires & Tabellions , d'accepter les Donations comme stipulans pour les Donataires absens , à peine de nullité desdites stipulations.

Les Donations entre-vifs ne pourront engager le Donateur , que du jour qu'elles auront été acceptées par le Donataire.

Les Donations entre-vifs sont des Contrats synallagmatiques. Par conséquent pour les perfectionner , il faut nécessairement le concours de deux volontés ; sçavoir , celle du Donateur qui fait la libéralité , & celle du Donataire qui l'accepte. Jusqu'à ce que le Donataire ait accepté , le Contrat est imparfait ; le Donateur peut changer de volonté & révoquer son bienfait. Mais aussi tôt que l'acceptation est intervenue , le Donateur est lié , sa foi est engagée , & il peut être contraint de faire la délivrance de la chose donnée ; parce qu'ayant une fois déclaré qu'il donnoit , & sa déclaration étant scellée d'une acceptation , il est tenu de délivrer ce qu'il a promis ; puisque sans cette tradition il n'y a point de Donation. *Sed & si quis faciat Donationem sive bessis , sive dimidiæ partis suæ substantiæ , sive tertiæ , sive quartæ , sive quantæcumquæ vel etiam*

etiam totius , coerceat Donatorem , tantum quantum donavit , prestare. Leg. si quis argentum 35. §. sed & si quis. Cod. de donat.

La Coutume de Châlons a une disposition toute semblable , Art. VICXLI. Elle porte que le Donataire peut agir par action personnelle à l'encontre du Donateur vivant , afin d'avoir délivrance de la chose par lui donnée. Et si le Donateur mouroit en la possession de la chose donnée avant l'action intentée , telle Donation ne vaut aucunement , & ne peut le Donataire agir en vertu d'icelle personnellement , ni autrement à l'encontre de l'héritier.

Ou par son Procureur Général ou Spécial.

Quelques Auteurs ont prétendu qu'une Procuration générale étoit insuffisante , & que le Procureur devoit être fondé d'une Procuration spéciale ; qu'autrement la Donation étoit nulle , (a) parce que l'Acceptation doit être expresse de la part du Donataire , & qu'une Procuration générale de sa part n'explique pas suffisamment , selon eux , cette volonté expresse d'accepter la Donation. Mais notre Ordonnance l'a décidé autrement , & se contente d'une Procuration , soit générale , soit spéciale.

Ni produire aucun autre effet que du jour , &c.

L'Acceptation est de l'essence intrinsèque de

(a) Duplessis sur Paris , des Donations , Liv. 2. sect. 3.

la Donation entre-vifs , suivant sa propre définition. *Donatio est liberalitas, nullo jure cogente, in consentientem collata.* Ainsi par une conséquence nécessaire , une Donation entre-vifs dénuée d'Acceptation , non seulement ne peut engager le Donateur : mais bien plus étant radicalement nulle en elle-même , elle ne peut produire aucun effet.

Même celles qui seroient faites en faveur de l'Eglise ou pour causes pies.

Rien n'est si favorable que les libéralités faites en faveur de l'Eglise & pour causes pies. Mais la formalité de l'Acceptation est si essentielle à la Donation entre-vifs , que ni l'Eglise , ni les mineurs n'ont point été exemptés à cet égard de la rigueur des Ordonnances. Il y a même contre l'Eglise un Arrêt solennel , prononcé en Robbes rouges le 7 Septembre 1638. Néanmoins la Peyrere croit que les Donations faites à l'Eglise & aux mineurs , ne peuvent être révoquées , & que le Donateur peut être contraint , pendant toute sa vie , d'assister à l'Acceptation ; & l'usage du Parlement de Toulouse y est conforme. Mais l'usage général par tout ailleurs & le sentiment unanime de tous les Jurisconsultes , y sont contraires , avec d'autant plus de raison , que nos anciennes Ordonnances n'ont excepté , ni l'Eglise , ni les causes pies d'une solemnité aussi nécessaire qu'est l'acceptation ; & pour ôter à l'avenir jusqu'au moindre ombre de

(A) La Peyrere let. D. nomb. 23.

doute sur ce point , notre Ordonnance les y assujettit nommément.

Et en cas qu'elle eut été acceptée par une personne qui auroit déclaré se porter fort pour le Donataire absent , ladite Donation n'aura effet que du jour de la ratification que ledit Donataire en aura faite.

La Donation étant un Contrat obligatoire entre le Donateur & le Donataire , l'Acceptation doit être faite par le Donataire en personne , ou du moins par son fondé de Procuration ; l'Acceptation d'un tiers sans pouvoir , est incapable de faire valoir la Donation , à moins qu'elle ne soit ratifiée par le Donataire du vivant du Donateur ; car si cette acceptation d'un tiers n'étoit point ratifiée par le Donataire du vivant du Donateur , la Donation seroit nulle par le défaut d'Acceptation.

Par Aête passé pardevant Notaires , duquel Aête il restera minutte.

L'Acceptation ne formant qu'un seul & même Contrat avec la Donation dont elle est une partie nécessaire , elle doit par conséquent être aussi constante & aussi solennelle que la Donation même. Or la présente Ordonnance veut , Article I. que toute Donation entre-vifs , soit passée pardevant Notaire avec minutte. Donc la ratification que fait le

Donataire de l'acceptation d'un tiers , équivalant à l'acceptation qu'il auroit pu faire lui-même , ou pour parler plus juste , cette ratification étant la seule & véritable acceptation , elle doit être faite d'une manière aussi authentique que la Donation , c'est-à-dire , pardevant Notaire avec minutte : ce qui prouve que cette disposition de l'Article V. est une suite & une conséquence de l'Article premier.

Defendons à tous Notaires & Tabel- lions d'accepter les Donations comme stipulant pour les Donataires absens , à peine de nullité desdites stipulations.

Dans le Droit Romain les Esclaves pouvoient acquérir pour leur maître , & par conséquent ils pouvoient accepter pour leur maître les Donations faites en sa faveur. Dans la suite on choisit exprès parmi les serfs certains Esclaves pour en faire des Notaires qui devenoient Esclaves publics, & par cette qualité capables d'acquérir pour tous les absens , à l'instar des serfs particuliers qui pouvoient acquérir pour leur maître. C'est de-là que les Notaires , parmi les Romains , avoient droit & qualité pour accepter les Donations faites aux absens.

Mais on ne peut faire aucune application de tout ceci dans notre usage , même en Pays de Droit écrit. Car , comme l'observe très-bien Ricard , (a) nous n'avons point d'Esclaves

(a) Ricard ibidem , n. 866.

La Peyrere l. D. 2^o. 93.

parmi nous , qui acquièrent en nos noms comme faisoient les Romains , & nos Notaires sont personnes libres ; de sorte que ces Notaires n'ayant aucune qualité particulière pour acquérir au nom d'autrui , il s'ensuit qu'ils sont entièrement incapables de stipuler & d'accepter en faveur des autres. D'ailleurs nous avons un Texte formel d'Ordonnance qui le décide ainsi. C'est l'Article CXXXIII. de l'Ordonnance de 1539. dont voici les termes. *Et quant aux Donations qui auroient été faites en l'absence des Donataires , les Notaires stipulans pour eux , elles commenceront leur effet du jour qu'elles auront été acceptées , autrement elles seront réputées nulles.* Donc, sans l'Acceptation du Donataire , la stipulation & l'acceptation du Notaire étoient inutiles & illusoires suivant cette Ordonnance.

Néanmoins l'Auteur des Additions sur Ricard , prétend qu'au Pays d'Artois les Donations sont bonnes, quoiqu'elles ne soient acceptées que par les Notaires ; & il ajoute que pour prouver cet usage , on a rapporté plusieurs Actes de Notoriété qui ont servi de fondement à un Arrêt rendu en la troisième Chambre des Enquêtes au rapport de M. le Boindre ; Arrêt que cet Auteur n'a point datté. Si cet usage singulier a été jusqu'à présent autorisé dans l'Artois , c'est sans doute parce qu'il n'étoit point sous la domination Françoisé lorsque l'Ordonnance de 1539. a été rendue , & que lors de la réunion de cette Province à la Couronne de France , le feu Roi a bien voulu conserver à ces peuples leurs usages & privilèges. Mais l'Ordonnance de 1731. ne contenant aucune réserve en

leur faveur , il est certain qu'à présent leur usage prétendu doit céder à l'empire de la Loi.

A R T I C L E V I.

L'Acceptation de la Donation sera expresse , sans que les Juges puissent avoir aucun égard aux circonstances dont on prétendrait induire une Acceptation tacite ou présumée ; & ce , quand même le Donataire auroit été présent à l'Acte de Donation & qu'il l'auroit signé , ou quand il seroit entré en possession des choses données.

L'Acceptation de la Donation sera expresse , sans que les Juges puissent avoir aucun égard aux circonstances dont on prétendrait induire une Acceptation tacite ou présumée.

Dans le Droit Romain, il n'est pas nécessaire que l'Acceptation soit faite en termes formels : elle peut se suppléer par équipollence ; d'autant que c'est une maxime générale établie par plusieurs Loix , que celui qui agrée par effet , est réputé avoir suffisamment con-

firmé & accepté ce qui a été fait en sa faveur , quoiqu'il n'ait rédigé aucun Acte par écrit de son Acceptation. *Paulus respondit non tantum verbis ratum haberi posse , sed etiam actu. Leg. Paulus 5. D.*

Mais notre Jurisprudence françoise , suivie par nos meilleurs Jurisconsultes, n'admet point cette équipollence , & veut que les Donations soient acceptées expressément & en termes formels par le Donataire. Nous trouvons un premier Arrêt rendu au rapport de M. Marion le 24 Mars 1603 , après avoir demandé l'avis de toutes les Chambres & prononcé en Robes rouges à la Nôtre-Dame de Septembre suivant , par lequel il a été jugé que l'insinuation qui avoit été faite d'une Donation, n'étoit point capable de suplée au défaut d'Acceptation, même en faveur d'un mineur. Un autre Arrêt rendu en la Chambre de l'Edit au rapport de M. Hasté , au mois d'Août 1614. a de même déclaré nulle une Donation qui avoit été acceptée par Procureur seulement & insinuée , quoique depuis l'Insinuation elle eut été acceptée en présence des parties , & que le Donateur eut obligé tous ses biens à la garantie de la Donation. Enfin un troisième Arrêt prononcé en Robes rouges le 7 Septembre 1617. a aussi cassé, faute d'Acceptation expresse, une Donation faite par M^c Guillaume Aubert, Conseiller au Siège Présidial , & Doyen de l'Eglise de Saint Pierre de Poitiers , quoique le Donateur l'eut fait insinuer en présence de la Donataire. Ce dernier Arrêt a été à la vérité rapporté comme contraire par M. de Montholon , Chapitre CXXIX. Mais son erreur

a été relevé par Brodeau sur Louet let. D. n^o. 4.

C'est d'après cette Jurisprudence que la plupart de nos meilleurs Auteurs ont décidé que l'Acceptation du Donataire devoit être exprimée par ce mot *acceptant*, & qu'autrement elle ne pouvoit se suppléer par les circonstances. L'Article VI. de notre Ordonnance n'a donc fait que confirmer ce qui est depuis long tems pratiqué.

Et ce, quand même le Donataire auroit été présent à l'Acte de Donation & qu'il l'auroit signé.

Cette disposition est conforme à un Arrêt rendu en la seconde Chambre des Enquêtes au rapport de M. Menardeau le 30 Avril 1633, qui a infirmé une Donation, sur ce qu'en la minute il n'y avoit que le mot *présent*; le mot *acceptant* avoit été obmis dans la minute, mais il se trouvoit dans la grosse, & d'ailleurs le Donataire avoit signé la minute. La Cour néanmoins jugea qu'il n'étoit pas au pouvoir du Notaire d'étendre en la grosse une clause substantielle du Contrat, & que la présence du Donataire dans l'Acte, ni sa signature n'étoient point capables de suppléer le défaut d'Acceptation.

Ricard a beaucoup de peine à se rendre à la décision de cet Arrêt. (a) Il estime que la signature du Donataire est une preuve infaillible que le Donataire a la gratification qui

(a) Ricard des Donations p. 1. Chap. 14. sect. 1. n. 840.

lui est faite , pour agréable ; puisque , suivant les maximes les plus communes, nous prenons une signature sans protestation pour un acquiescement & une acceptation suffisante de l'Acte auquel elle est apposée. Il va même jusqu'à dire qu'une telle signature est une acceptation si formelle de la Donation , que si elle étoit à charge & conditionnelle , le Donataire ne seroit pas recevable , dans les règles ordinaires, à rétracter son consentement : d'où cet Auteur conclut qu'il y auroit grande équité à ne point s'arrêter à l'omission d'un mot faite par un Notaire , puisque dans le Contrat même le consentement du Donataire se trouve réellement & par effet.

Cependant il est obligé de convenir , (a) que ce qui a été jugé par l'Arrêt du 30 Avril 1633. étoit de son tems en pleine vigueur dans l'usage , & que l'on y tenoit pour maxime au Palais , qu'une Donation est imparfaite , quoique le Donataire ait signé le Contrat de Donation qui est faite en sa faveur , si le mot *acceptant* ne s'y rencontre.

Cette Jurisprudence est parvenue jusqu'à nous dans toute sa pureté , & elle est même devenue depuis 1731. d'autant plus respectable , qu'elle se trouve adoptée formellement par notre Ordonnance.

*Ou quand il seroit entré en possession
des choses données.*

Il y a dans le Droit Romain des textes

(a) Ibidem n. 841.

particuliers pour les Donations , qui décident que la possession que prend le Donataire de la chose donné équivaut à une Acceptation formelle. *Nec ambigi oportet donationes etiam inter absentes & maxime si , ex voluntate Donantium possessiones iiquibus donatum est , nanciscantur , validas esse. L. Necambigi 6. cum L. seq. Cod. de Donationibus.* Il est vrai qu'outre l'appréhension & la possession de fait de la chose donnée , les Loix Romaines exigent encore qu'il paroisse que le Donataire a eu intention de jouir à titre de Donation parfaite : *Si ego pecuniam quasi donaturus dederò , tu quasi mutuatam accipias , Julianus scribit donationem non esse. L. si ego 18. d. de reb. cred. & L. absente 10. de Donation.* Mais notre usage a toujours été directement contraire à cette opinion , en conséquence des principes ci-devant établis sur la nécessité expresse de l'Acceptaion de la part du Donataire.

A R T I C L E V I I.

Si le Donataire est mineur de vingt-cinq ans , ou interdit par autorité de Justice , l'Acceptaion pourra être faite pour lui , soit par son Tuteur ou son Curateur , soit par ses pere ou mere ou autres ascendants , même du vivant du pere & de la mere , sans qu'il soit be-

soin d'aucun avis de parens pour rendre ladite Acceptation valable.

Si le Donataire est mineur de vingt-cinq ans , &c.

Cet Article (en faisant l'énumération des personnes qui peuvent accepter pour le mineur ou pour l'interdit , sçavoir , son Tuteur ou curateur , ses pere & mere ou autres ascendans) exclut tacitement le mineur de pouvoir lui-même accepter valablement une Donation , quand bien même il seroit en état de déclarer sa volonté & de signer. En effet le mineur n'étant point capable de s'obliger , son acceptation seroit insuffisante pour assurer la permanence & l'irrévocabilité de la Donation. C'est l'avis de Ricard.

Soit par ses pere ou mere.

Arrêt du 2 Aout 1601. donné au rapport de M. Louet , qui a jugé bonne & valable l'Acceptation d'une Donation faite , pour un fils mineur , par le pere non tuteur , en sa qualité de pere & de légitime Administrateur. Cet Arrêt se trouve parmi les Arrêtés de la cinquième Chambre des Enquêtes. La raison qui a servi de fondement à cet Arrêt , est qu'un pere est censé le Procureur général de son fils mineur. Il y a même, parmi nous, quelques Coutumes qui ont établi , par des dispositions expresses , les peres tuteurs legitimes de leurs enfans mineurs : & si on en usoit

autrement , les mineurs destitués de tuteurs , feroient incapables de profiter des Donations faites en leur faveur.

Ou autres Ascendans.

Cela est conforme à un Arrêt rendu en l'Audience de la Grand'Chambre de relevée le 16 Mai 1653. qui a déclaré valable une Donation faite, par le nommé Sifterne, de tous ses biens au profit de ses enfans nés & à naître , quoiqu'elle n'eut été acceptée que par l'ayeul.

Même du vivant du pere & de la mere.

On trouve dans la cinquième partie du Journal du Palais , un Arrêt donné en la Tournelle Civile le 5 Juillet 1677. qui a déclaré bonne l'Acceptation qu'un ayeul avoit faite d'une Donation , en faveur de son petit-fils mineur dont le pere étoit vivant : la proximité du sang sert à tous les ascendans de procuration suffisante pour accepter ce qui est avantageux à leurs descendans mineurs.

Sans qu'il soit besoin d'aucun avis de parens pour rendre ladite Acceptation valable.

Ricard (a) ne pense point que régulière-

(a) Traité des Donations part. I. Chap. 4. sect. 1 n. 850 & suivans.

ment un tuteur puisse accepter une Donation pour son mineur sans un avis de parens , confirmé par le decret du juge. *Les Tuteurs* , dit-il , n'ont que l'administration des biens des mineurs ; par conséquent l'Acceptation qu'ils feroient seuls , ne seroit pas capable de lier ceux au nom desquels elle seroit faite , & ainsi elle ne se trouveroit pas être de la nature requise pour donner l'accomplissement à une Donation entre-vifs , c'est-à-dire , pour la rendre irrévocable.

Cependant il convient que notre usage fondé sur les Arrêts de la Cour , a dispensé les mineurs de cette rigueur , & il ajoute , qu'il faut s'en tenir à cet usage.

A R T I C L E V I I I .

L'Acceptation pourra aussi être faite par les Administrateurs des Hôpitaux , Hôtels-Dieu ou autres semblables établissemens de charité autorisés par nos Lettres Patentes registrées en nos Cours , & par les Curés & Marguilliers , lorsqu'il s'agira de Donations entre-vifs faites pour le service divin , pour fondations particulières & pour la subsistance & le soulagement des Pauvres de leur Paroisse.

Cet Article autorise les Administrateurs à accepter les Donations faites aux Hôpitaux & Hôtels-Dieu , comme aussi les Curés & Marguilliers , celles faites à leurs Eglises : & quoiqu'il n'ait point été ajouté , comme à l'Article précédent , par rapport aux mineurs , *sans qu'il soit besoin d'aucun decret ni homologation* : Cependant , à considérer la manière dont l'Article est conçu , il semble qu'on ne puisse douter que la Loi n'ait voulu les dispenser désormais de ces formalités , en ne les y assujettissant pas nommément.

Au reste, si telle a été l'intention du Législateur , elle est contraire à la Jurisprudence qui avoit jusqu'alors servi de règle , & suivant laquelle l'Acceptation d'une Donation faite en faveur de l'Eglise , n'étoit valable qu'autant qu'elle étoit précédée de decret & d'homologation. Il y a sur cela un Arrêt célèbre prononcé en Robbes rouge , par M. le Premier Président de Harlai , le Mercredi 23 Décembre 1598. qui a jugé que la Donation faite à l'Eglise , pour employer en la fondation d'une Chapelle , se pouvoit révoquer auparavant le decret & l'homologation ; parce que c'étoit l'homologation qui donnoit la forme à la Donation , & qu'avant qu'elle fut intervenue , *omnia erant integra* : ce sont les termes de M. Louet qui rapporte l'Arrêt en son recueil let. D. n°. 3.

A R T I C L E I X.

Les femmes mariées , même celles qui ne seront communes en biens

ou qui auront été séparées par Sentence ou par Arrêt , ne pourront accepter aucunes Donations entre-vifs , sans être autorisées par leur mari ou par justice à son refus. N'entendons néanmoins rien innover sur ce point à l'égard des Donations qui seroient faites à la femme pour lui tenir lieu de bien Paraphernal dans les Pays où les femmes mariées peuvent avoir des biens de cette qualité.

Les femmes mariées ne pourront accepter aucunes Donations entre-vifs sans être autorisées par leurs maris.

Une femme en puissance de mari est dans une interdiction perpétuelle & dans une incapacité absolue de contracter seule aucun engagement civil. Par rapport aux acceptations des Donations , nous avons une décision précise de l'incapacité des femmes mariées , dans un Arrêt rendu en la seconde Chambre des Enquêtes au rapport de M. de la Naude , le 29 Mars 1621. Cet Arrêt rapporté par Brodeau sur M. Louet (a) a déclaré nulle une

(a) Brodeau sur Louet let. M. fom. 11.

Donation faite avec réserve d'usufruit à une femme mariée , & par elle acceptée sans l'autorité de son mari.

Ricard ^(a) croit, contre l'avis de Brodeau, que la réserve d'usufruit dans la Donation qui a été infirmée par l'Arrêt, n'est point une circonstance considérable , & n'empêche point qu'on ne doive conclure de cet Arrêt, que dans la thèse générale une femme mariée n'est point capable d'accepter une Donation, sans être autorisée par son mari.

Cependant le même Auteur ajoute ^(b) qu'il a été curieux de sçavoir quels étoient les sentimens du Palais sur cette question , & qu'il les a trouvés fort partagés ; & que quoique les plus habiles fussent d'avis de la nullité de la Donation, il pourroit pourtant bien arriver , (s'il falloit juger la question par la pluralité des suffrages,) que la balance seroit emportée de l'autre côté. L'Ordonnance s'est déclarée pour son avis , & tranche tout doute sur cette question, si elle se présenteoit dans une Donation qui lui fût postérieure.

A l'égard des Donations qui seroient antérieures à l'Ordonnance , je suis très persuadé qu'on jugeroit de même que l'Acceptation d'une femme mariée, sans l'autorité de son mari, est non valable, même indépendamment du préjugé de l'Arrêt du 29 Mars 1631, & du suffrage de Ricard , quelques considérables qu'ils soient par eux-mêmes ; parce que cette opinion est , selon moi, la seule puisée dans le vrai & dans la régularité des principes de la matière.

^(a) Traité des Donations part. I. Chap. 6. sect. 1. n. 848.

^(b) *Ibidem* n. 849.

même celles qui ne seront communes en biens , ou qui auront été séparées par Sentence ou par Arrêt.

La séparation & la clause de non communes affranchissent bien la femme du joug de la puissance maritale , pour tout ce qui est d'administration & d'usufruit ; mais la femme n'en est pas pour cela moins sujette à l'autorité de son mari , lorsqu'il s'agit , ou d'aliéner ou d'acquérir en propriété. Ce principe est si constant , qu'on se feroit conscience de l'établir.

N'entendons néanmoins rien innover à l'égard des Donations qui seroient faites à la femme , pour lui tenir lieu de bien Paraphernal.

Tout le monde sçait qu'en pays de Droit écrit , les femmes ne sont pas obligées , en se mariant , de se constituer en dot tout ce qu'elles possèdent , comme en Pays coutumier. Elles y peuvent ne composer leur dot que d'une partie de leurs biens , & se réserver le surplus ; & ce sont ces biens réservés qui ne sont point partie de la dot , qu'on appelle *biens Paraphernaux*.

Dans les Provinces de Droit écrit , qui ne sont point du ressort du Parlement de Paris , les femmes mariées ont une liberté indéfinie de disposer à leur gré de leurs *biens Paraphernaux* , tant en usufruit qu'en propriété ; par conséquent elles peuvent accepter , sans l'au-

torité de leurs maris , les liberalités qui leur sont faites pendant leur mariage , pour leur tenir lieu de *bien Paraphernal*.

Mais dans les Provinces de Droit qui sont dans le ressort du Parlement de Paris , le pouvoir des femmes sur leurs *biens Paraphernaux* , est beaucoup plus limité ; il ne s'étend qu'à l'usufruit , & les femmes mariées ne peuvent pas plus contracter , sans l'autorité de leurs maris , pour les *biens Paraphernaux* que pour les biens Dotaux. Ainsi leur pouvoir sur les *biens Paraphernaux* y est à peu près le même que celui des femmes non communes ou séparées en Pays Coutumier ; c'est pourquoi comme les femmes séparées , ou non communes en Pays Coutumier , ne peuvent accepter , sans l'autorité de leurs maris , les Donations a elles faites , quoiqu'elles en eussent incontestablement l'usufruit libre , il s'ensuit de même que les femmes , dans les Pays de Droit écrit du ressort du Parlement de Paris , ne peuvent non plus accepter , sans l'autorité de leurs maris , les Donations a elles faites pour leur tenir lieu de *biens Paraphernaux* , puisqu'elles n'en ont de libre que l'usufruit & non la propriété.

Le Législateur déclare qu'il n'entend rien innover sur ce point. Il faut donc s'en tenir à l'usage ancien , & distinguer entre les Provinces de Droit écrit du ressort du Parlement de Paris , & celles qui n'en sont pas , & décider que dans les premières , une femme mariée ne peut accepter , sans l'autorité de son mari , une Donation qui lui est faite pour lui tenir lieu de *bien Paraphernal* , & que dans les secondes elle le peut indistinctement.

ARTICLE X.

N'entendons pareillement comprendre dans la disposition des Articles précédents , sur la nécessité & la forme de l'Acceptation dans les Donations entre-vifs , celles qui seroient faites par Contrat de mariage aux conjoints ou à leurs enfans à naître , soit par les conjoints même , ou par les ascendans ou parens collatéraux , même par des étrangers ; lesquelles Donations ne pourront être attaquées , ni déclarées nulles sous prétexte de défaut d'Acceptation.

Nos Contrats de mariage , comme on l'a déjà observé , sont si favorables , qu'ils sont susceptibles de toutes sortes de conventions en faveur des personnes mariées & des enfans qui en proviennent : & les dispositions qui y sont insérées ne sont point assujetties à la nécessité de l'Acceptation , du moins expresse. C'est par cette raison que le contenu au présent Article avoit lieu , même avant l'Ordonnance , conformément à plusieurs Arrêts de la Cour qui ont admis dans les Contrats de mariage l'Acceptation par équipollence , en regardant l'Acceptation comme véritablement accomplie par le

mariage subséquent, par la consommation duquel les conjoints vérifient & acceptent par effet les conventions contenues en leur Contrat. Le premier Arrêt qui se trouve dans nos Livres à ce sujet a été rendu au rapport de M. Duvaix le 14. Juillet 1587. Il a été suivi d'un autre solennel intervenu le 31. Mars 1607. au rapport de M. Boucher, après avoir proposé la question aux Chambres. M. le Président de Cambolas (a) en rapporte un semblable rendu au Parlement de Toulouse le 12. Janvier 1624.

A R T I C L E X I.

Lorsqu'une Donation aura été faite en faveur du Donataire & des enfans qui en naîtront, ou qu'elle aura été chargée de substitution au profit desdits enfans, ou autres personnes nées ou à naître, elle vaudra en faveur desdits enfans ou autres personnes par la seule acceptation dudit Donataire, encore qu'elle ne soit pas faite par Contrat de mariage, & que les Donateurs soient des collatéraux ou des étrangers.

Cet Article décide qu'une Donation faite

(a) Cambolas décis. not. Liv. 5. Chap. 7.

en faveur du Donataire & de ses enfans nés & à naître, ou qui charge le Donataire de substitution envers ses enfans ou autres, quand bien même ils ne seroient ni nés ni conçus, est parfaite par la seule Acceptation de Donataire. Ricard (a) atteste que l'on suivoit ce droit de son tems, & que l'on y jugeoit sans contredit que l'Acceptation du premier Donataire profitoit à tous ceux des degrés suivans, conformément à la disposition de la Loi 3. Cod. de donat. quæ sub modovel conditione, &c. sed cum postea benigni juris interpretatione, dit la Loi, *Divi Principes ei qui stipulatus non sit, utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiserint; actio quæ sorori tuæ, si in rebus humanis ageret, competeat, tibi accommodabitur.* En effet la Donation étant parfaite pour ce qui concerne le premier Donataire par son Acceptation, les héritiers du Donateur ni le Donateur lui-même ne la peuvent pas contester, après qu'ils ont été une fois dépossédés par un titre légitime qui est une Donation acceptée; & le premier Donataire qui auroit intérêt d'en empêcher l'effet pour se conserver incommutablement la propriété des choses données, ne peut pas non plus aller contre la Donation qui est son titre, & suivant lequel il ne possède qu'à la charge de rendre.

*Encore qu'elle ne soit pas faite par
Contrat de mariage.*

On voit la différence qu'a mise l'Ordonnan-

(a) Traité des Donations part I. Chap. 4. sect. 1. n. 850.

ce entre les Donations faites par Contrat de mariage , & celles qui sont faites autrement , par la différence qu'il y a entre l'Article présent & le précédent.

Dans l'Article précédent, où il est parlé des Donations faites par Contrat de mariage , les enfans nés ou à naître, ni même le premier Donataire , ne sont tenus d'aucune Acceptation pour rendre valable la Donation , quoique l'Acceptation soit de l'essence intrinsèque de la Donation.

Dans l'Article présent où il s'agit de Donations faites autrement que par Contrat de mariage , le premier Donataire est obligé d'accepter ; mais son Acceptation seule suffit pour faire valoir la Donation en faveur de ceux qui lui sont substitués , soit ses enfans , soit autres.

Et que les Donateurs soient des Collatéraux ou des Etrangers.

Les libéralités faites par les Ascendans à leurs enfans , ou à leurs petits enfans, ont toujours été regardées plus favorablement que toutes autres , & on a toujours été plus volontiers porté à les favoriser ; parce que suivant la loi naturelle , tout ce qui appartient aux peres , est censé appartenir aux enfans ; & en leur donnant par avance une partie de leurs successions , ils semblent ne faire qu'anticiper sur ce que la loi & la nature doivent un jour faire en faveur de leurs descendans. Mais comme la disposition de notre Article dans le cas y énoncé , est fondée sur des prin-

cipes généraux qui comprennent toutes les Donations indistinctement , comme nous l'avons fait voir , le Législateur l'a étendue tant aux libéralités faites par les ascendans , qu'à celles qui sont faites par des Collatéraux ou par des étrangers.

ARTICLE XII.

Voulons pareillement qu'en cas qu'une Donation faite à des enfans nés & à naître , ait été acceptée par ceux qui étoient déjà nés dans le tems de la Donation ou par leurs Tuteurs & autres dénommés dans l'Article VII. elle vaille , même à l'égard des enfans qui naîtront dans la suite , nonobstant le défaut d'Acceptation faite de leur part ou pour eux , encore qu'elle ne soit point faite par Contrat de mariage , & que les Donateurs soient des Collatéraux ou par des Etrangers.

Voulons pareillement , &c.

L'Ordonnance après avoir déclaré dans

l'Article précédent , que lorsque les Donataires étoient subordonnés les uns aux autres , ou qu'il y avoit différens degrés de substitution , l'acceptation du premier Donataire ou du premier institué suffiroit pour rendre la Donation valable & complete en faveur des substitués , elle va ici plus loin.

Elle décide que dans le cas où la Donation seroit faite a des enfans nés & à naître en général , l'acceptation des enfans déjà nés , suffit pour rendre la Donation valable en faveur des enfans à naître ; surquoi il se présente naturellement une réflexion. L'Ordonnance , à s'en tenir scrupuleusement à la lettre , semble prescrire l'obligation de l'acceptation à tous les enfans nés. Mais si une partie des enfans nés avoit accepté , & que les autres ne l'eussent point fait , ceux qui n'auroient point accepté , seroient-ils déchûs du bénéfice de l'acceptation ?

Je pense qu'avant toutes choses , il faut distinguer comme dans les legs , & sçavoir si les Donataires sont conjoints par les paroles & par la chose , ou seulement par les paroles , ou seulement par la chose.

Si les Donataires ne sont conjoints que par les paroles , comme si on avoit donné à des enfans chacun une partie distincte & séparée dans la chose , l'acceptation de l'un ne pourroit point servir à l'autre ; parce que chaque enfant étant Donataire particulier de sa portion divisée vis-à-vis du Donateur , il faut autant d'acceptations qu'il y a de portions.

Mais si les Donataires étoient conjoints par les paroles & par la chose , comme dans la véritable espece du présent Article : *Je donne telle chose aux enfans d'un tel nés ou à naître ,*

ou

ou bien même quand ils ne seroient joints que par la chose seulement , dans ces deux derniers cas, où le droit d'accroissement a lieu , je crois que l'acceptation d'un des enfans Donataires suffit pour rendre valable la Donation , non seulement en faveur des enfans à naître , mais même en faveur de ceux qui seroient nés & qui n'auroient point accepté. En effet , si la Donation n'étoit pas valable par le défaut d'acceptation vis-à-vis des enfans nés qui n'auroient point accepté , le Donateur ni les héritiers n'en profiteroient point , & le bénéfice tourneroit au profit seul de celui ou de ceux qui auroient accepté , lesquels de leur côté seroient non-recevables à contester la forme du contrat qui lui serviroit de titre.

Ricard (a) est du même avis , & il rapporte , pour le confirmer, un Arrêt rendu en l'Audience de la Grand'Chambre de relevée conformément aux conclusions de M. Talon , Avocat Général, le Vendredi 2 Mars 1657, dont voici l'espèce. Une mere qui s'étoit remariée , avoit donné à deux enfans qu'elle avoit de son premier lit , sa part des conquêts de la première communauté ; la Donation n'ayant été acceptée que par l'un des Donataires , elle la révoqua à l'égard de l'autre. Mais l'Arrêt confirma la sentence du Juge des lieux qui avoit ordonné, sans avoir égard à la révocation , que la Donation sortiroit effet pour le tout.

*Ou par leurs Tuteurs & autres dénom-
més dans l'Article VII.*

C'est-à-dire les tuteurs ou curateurs , ou les

(a) Ibid. n. 872.

peres & meres , ou les autres ascendants. Je ne fais point non plus de doute que l'Article VII. ne doive être exécuté dans toute son étendue dans le cas dont il s'agit ; je veux dire, que les ascendants y peuvent accepter pour leurs descendants mineurs , même du vivant du pere & de la mere ; & que ni les uns ni les autres n'ont besoin, pour le faire valablement, d'aucun avis de parens.

A R T I C L E X I I I.

Les institutions contractuelles & les dispositions à cause de mort qui seroient faites dans un Contrat de mariage , même par des Collatéraux ou par des Etrangers, ne pourront être attaquées par le défaut d'Acceptation.

Les institutions contractuelles.

Les Loix Romaines ont toujours rejeté les Contrats par lesquels un homme disposoit irrévocablement de sa succession , comme des Actes qui étoient contre les bonnes mœurs , & qui pouvoient induire l'héritier nommé , à souhaiter la mort de celui qui lui avoit donné sa succession.

Ces sortes d'Actes paroissent aussi d'abord très-contraires à l'esprit de notre Droit Cou-

umier, qui ne nous permet pas de choisir nous-mêmes nos héritiers, & qui ne veut pas que nous en ayons d'autres que ceux que la loi du sang nous donne.

Cependant dans toute la France, soit dans les Pays de Droit écrit, soit dans le Pays Coutumier, la faveur des Contrats de mariage l'a emporté sur toutes ces considérations, & on souffre qu'un homme y fasse une institution d'héritier. Ces sortes d'institutions sont appelées contractuelles. Nous n'avons que la seule Coutume de Berri (a) qui ait expressément défendu d'instituer un héritier par Contrat de mariage; elle permet pourtant l'institution en certains biens, pourvu qu'elle ne soit point universelle de tous biens présens & à venir.

Et les dispositions à cause de mort qui seront faites par Contrat de mariage ne pourront être attaquées par le défaut d'Acceptation.

L'Article III. de notre Ordonnance, en anéantissant pour jamais les Donations à cause de mort, en excepte formellement celles faites par Contrat de mariage. L'Article X. a dispensé de la formalité de l'acceptation, les Donations entre vifs faites par Contrat de mariage; & le présent Article XIII. qui n'est qu'une suite de ces deux Articles, autorise nommément les dispositions à cause de mort, dans les Contrats de mariage, & les dispense

(a) Coutume de Berry des mariages, Articles V. & VI.

ainsi que les Donations entre-vifs de la nécessité de l'acceptation.

Même celles faites par des Collatéraux ou par des Etrangers.

Non seulement les peres & meres peuvent faire des institutions contractuelles en faveur de leurs enfans , mais même les étrangers & les collatéraux le peuvent aussi. Nous avons des Coutumes qui le permettent expressément , & la jurisprudence des Arrêts a étendu leurs dispositions à celles qui n'en parlent point. Ainsi puisque la liberté de faire des institutions contractuelles est générale & indéfinie , & s'étend à toutes sortes de personnes , il étoit juste que les privilèges qui y sont attachés fussent aussi de même nature , & fussent étendues à toutes indistinctement.

A R T I C L E X I V.

Les Mineurs , les Interdits , l'Eglise , les Hôpitaux , Communautés ou autres qui jouissent des privilèges des mineurs , ne pourront être restitués contre le défaut d'Acceptation des Donations entre-vifs , le tout sans préjudice du recours tel que le droit desdits mineurs , ou interdits contre leurs

*Tuteurs ou Curateurs , & desdites Eglises , Hôpitaux , Communautés ou autres jouissans des privilèges des mineurs contre leurs Administrateurs , sans qu'en aucun cas la Donation puisse être confirmée , sous pretexte de l'insolvabilité de ceux contre lesquels le-
dit recours pourra être exercé.*

Les Mineurs , les Interdits , l'Eglise , les Hôpitaux , Communautés & autres qui jouissent des privilèges des mineurs , ne pourront être restitués contre le défaut d'Acceptation des Donations entre-vifs.

L'Article V. de notre Ordonnance , en prescrivant la nécessité de l'acceptation pour la validité des Donations entre-vifs , déclare en même tems , que celles faites en faveur de l'Eglise ou pour causes pies , n'en seront pas même exceptées. Notre Article contient encore une disposition plus expresse , non seulement en y joignant les mineurs , les interdits , les hôpitaux , communautés & autres qui jouissent des privilèges de mineurs , mais encore en ordonnant précisément que ni les uns ni les autres ne pourront être restitués contre le défaut d'acceptation.

On a déjà remarqué sur l'Article V. ce qui se pratiquoit sur cela avant l'Ordonnance par rapport à l'Eglise : il en étoit de même à l'égard des mineurs & de tous ceux qui jouissent de leur privilège. On a toujours observé avec rigueur, qu'ils ne pouvoient être ni dispensés du défaut d'acceptation ni relevés. Ricard (2) rapporte même un Arrêt prononcé en Robes rouges le 7 Septembre 1603, par lequel, sans s'arrêter aux lettres obtenues de la part d'un mineur, pour être relevé de ce que sa mere qui avoit accepté pour lui la Donation faite à son profit, n'avoit pas signé l'Acte d'Acceptation, ni déclaré ne sçavoir signer, & pour être reçu à faire preuve qu'elle ne sçavoit pas signer ; la Cour confirma la Sentence rendue par le Bailli de Chateaufort, qui avoit déclaré la Donation nulle : & M. le Premier Président de Harlay, après la prononciation de l'Arrêt, avertit les Avocats, *que l'Acceptation est tellement de l'essence de la Donation, que les mineurs même n'en peuvent pas être relevés, & qu'encore qu'il y eut des Arrêts précédens contraires par la diversité des opinions, celui-ci devoit servir de regle à l'avenir, pour avoir examiné les raisons de part & d'autre, ayant été donné après en avoir demandé l'avis à toutes les Chambres.*

L'Ordonnance n'a donc fait que suivre en cela la Jurisprudence générale & universelle, si on excepte celle du Parlement de Toulouse, comme on l'a déjà observé, qui étoit dans l'usage de restituer & l'Eglise & les mineurs du défaut d'Acceptation suivant les té-

(2) Ibid. n. 843.

moignages de M. Mainard Livre 7 de ses notables questions de Droit, Chapitres 85 & 86, de M. la Rocheffavin Livre 6. Titre 40. Article III. & de M. le Président Cambolas Livre 5. Chapitre 7.

Le tout sans préjudice du recours tel que de droit desdits mineurs ou interdits, contre leurs tuteurs ou curateurs & desdites Eglises, Hôpitaux, Communautés ou autres jouissans des privilèges des mineurs contre les Administrateurs.

Les tuteurs & autres ci-dessus dénommés sont tenus de ce qu'on appelle en droit, *levissimâ culpâ*, c'est-à-dire, des moindres fautes & des plus petites négligences. C'est pourquoi s'ils avoient négligé d'accepter une Donation faite en faveur de ceux dont les intérêts leur sont confiés, & de laquelle ils auroient eu ou dû avoir connoissance, ils sont responsables envers eux du bénéfice qu'ils en auroient pu retirer, & ils doivent les en indemniser *de suo*.

Sans qu'en aucun cas la Donation puisse être confirmée sous prétexte de l'insolvabilité de ceux contre lesquels le dit recours pourra être exercé.

Les Loix se sont toujours fait un devoir de prendre sous leur protection l'Eglise & les mineurs, & ont toujours eu une attention singulière à faire valoir leurs droits & à ménager leurs intérêts. Ainsi rien ne marque davantage

combien le Législateur a été persuadé que l'Acceptation étoit de l'essence de la Donation, que la sévérité scrupuleuse avec laquelle il a privé les mineurs & l'Eglise, des Donations où cette formalité a été omise, même dans le cas où ceux contre lesquels ils pourroient exercer leurs recours seroient insolvables.

TITRE TROISIÈME.

De la Tradition.

LA seconde solemnité requise pour la validité de la Donation, c'est la Tradition. Nous en distinguons à présent de deux sortes ; celle qui se fait par voye réelle, & celle qui se fait par voye feinte.

La *Tradition réelle* est celle par laquelle le Donateur se dessaisit, réellement & de fait, de la chose donnée, en la mettant en la possession du Donataire.

La *Tradition feinte* est celle par laquelle le Donateur se dépouille bien de la propriété, mais ne

transfere la possession de la chose donnée qu'indirectement & par une voye oblique , en en retenant la jouissance à titre de précaire , de constitut ou d'usufruit.

Cette dernière espèce de Tradition étoit d'abord inconnue dans notre Droit Coutumier primitif , où l'on n'admettoit d'autre Tradition que la Tradition réelle. Mais lors de la réformation des Coutumes , ceux qui étoient préposés à cet effet , imbus des maximes du Droit Romain , dont l'étude commençoit pour lors à reprendre vigueur , y ont introduit , à l'*instar* des Loix Romaines, les Traditions feintes par la clause de constitut ou de Précaire , ou par la rétention d'usufruit. Nous en avons un exemple dans l'Article CCLXXV. de la Coutume de Paris , ajouté lors de la réformation , qui porte que , *ce n'est donner & retenir , quand on*

donne la propriété d'aucun héritage , retenu à soi l'usufruit à vie ou à tems , ou quand il y a clause de Constitut ou Précaire , & vaut telle Donation. Cette nouvelle disposition de la Coutume de Paris a été étendue à toutes les autres qui n'ont point de disposition contraire.

L'Ordonnance , moins occupée du soin de confirmer les Loix & les principes déjà établis & reconnus , qu'à régler les points sur lesquels il y a diversité d'opinions ou de jurisprudence , n'établit pas la nécessité de la Tradition ou *réelle* ou *feinte*. Mais en la supposant au contraire , elle examine dans les Articles XV. & XVI. les deux principales questions auxquelles cette nécessité de Tradition a donné lieu ; la première , est de sçavoir , si les Donations universelles de tous biens présens & à venir sont valables ? La seconde , si les Donations des

biens présens seulement , peuvent être faites à condition de payer indistinctement toutes les dettes & charges de la succession du Donateur ? Les Articles XVII. & XVIII. contiennent , en faveur des Contrats de mariage , une exception aux deux Articles précédens.

ARTICLE XV.

Aucune Donation entre-vifs ne pourra comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendront au Donateur , dans le tems de la Donation , & si elle renferme des meubles ou effets mobiliers , dont la Donation ne contienne pas une Tradition réelle , il en sera fait un état signé des parties , qui demeurera annexé à la minute de ladite Donation , faute de quoi le Donataire ne pourra prétendre aucuns desdits meubles ou effets mobiliers , même contre le Do-

nateur ou ses héritiers. Défendons de faire dorénavant aucunes Donations des biens présens & à venir , (si ce n'est dans le cas ci-après marqué ,) à peine de nullité desdites Donations , même pour les biens présens , & ce encore que le Donataire eut été mis en possession du vivant du Donateur desdits biens présens en tout ou en partie.

Aucune Donation entre-vifs ne pourra comprendre d'autres biens que ceux qui appartiendront au Donateur dans le tems de la Donation.

L'ame de la Donation entre-vifs , & ce qui la constitue telle & la distingue de la Donation à cause de mort , est le dessaisissement actuel du Donateur. C'est par ce dessaisissement seul , qu'il témoigne véritablement qu'il aime mieux que le Donataire soit maître & propriétaire de ce qu'il lui donne , que lui-même & ses héritiers : *hæc donatio proprie appellatur* , dit la Loi première dig. de donat. *cum dat aliquis eâ mente , ut statim velit accipientis fieri , nec ullo casu ad se reverti , & propter aliam nullam causam.* Or un Donateur ne peut se dessaisir de ce qu'il ne possède point ; il ne peut

livrer ce qui ne lui appartient pas. Donc une Donation entre-vifs qui a pour objet une chose qui n'appartient point au Donateur, est une libéralité illutoire, un bienfait contraire à lui-même, & qui pêche dans son propre principe, parce qu'il ne peut être accompagné de Tradition.

Tels sont les principes de notre Droit Coutumier sur cette matiere, & tels ont même été pendant long-tems ceux des anciennes Loix Romaines. Mais la constitution de l'Empereur Justinien qui compose la Loi *Si quis argentum 35. C. de donat.* a introduit une nouvelle Jurisprudence, en statuant que les Donations entre-vifs peuvent être rendues parfaites en vertu de la seule stipulation, & sans que la Tradition présente intervienne. Voyez Cujas sur la Loi citée. *Si quis argentum 35. Cod. de donat.*

Les Provinces qui suivent le Droit écrit, ont adopté cette dernière Loi dans leur usage, & elles ont été en droit de le faire jusqu'à la nouvelle Ordonnance, qui, en y dérogeant, les a rapprochées non seulement du Droit Coutumier universel, mais même de l'ancien Droit Romain, comme plus conséquent & plus conforme aux véritables principes des Donations.

Et si elle renferme des meubles ou effets mobiliers dont la Donation ne contient point une Tradition réelle, il en sera fait un état signé des parties, qui demeurera annexé à la minute de la Donation.

Depuis que les Traditions *feintes* ont été admises parmi nous , d'après le Droit Romain, concurremment avec les Traditions *réelles* , tout le monde convient que l'une ou l'autre de ces deux Traditions suffit à présent pour perfectionner une Donation entre-vifs , quand il s'agit d'un immeuble qui a une assiette stable & certaine.

Mais quand la Donation a pour objet une chose mobilière , les sentimens ont été partagés. Quelques-uns (comme Duval en son Traité deuxième de *rebus dubiis*) croient que la Tradition par voye feinte , par retention d'usufruit , constitut , précaire ou autrement n'est pas suffisante en une Donation de meubles ; mais que pour la faire valoir , il est nécessaire qu'il y ait une délivrance réelle & actuelle. Cet avis est fondé sur cette maxime , que les meubles n'ont point de suite , & il est conforme à l'Article CXIII. de la Coutume de Sedan , qui porte que *les Donations de meubles ne sont valables sans la Tradition & délivrance réelle & actuelle des choses données.*

D'autres soutiennent au contraire que ni la Tradition réelle ni la feinte ne sont nécessaires pour la validité d'une Donation de meubles , parce que leur possession n'est pas considérable.

Ricard a rejeté l'un & l'autre sentiment , comme donnant chacun dans une extrémité condamnable , & il a pris un parti mitoyen ; il pense qu'il faut suivre littéralement nos Coutumes , lesquelles réquerant la Tradition par voye réelle ou feinte , & se contentant ou de l'une ou de l'autre , sans distinguer les meubles ni les immeubles, doivent s'entendre des Do-

nations de toute espece , suivant la Loi 4. D. de *Precario*, qui porte que *de rebus etiam mobilibus Precarierogatio consistit*.

L'Ordonnance a adopté ce dernier sentiment, qui comme le plus régulier, doit aussi servir de regle pour les Donations antérieures à l'Ordonnance.

Faute de quoi le Donataire ne pourra prétendre aucuns desdits meubles , même contre le Donateur ou ses héritiers.

Toute Donation entre-vifs doit avoir pour objet une chose déterminée , & si elle n'est que de choses incertaines & non expressees , elle n'a que le nom de Donation , mais elle n'en est point une en effet. Or une Donation de meubles qui ne contient point une Tradition réelle , & dont la quantité ni la qualité ne sont point constatées ni par l'Acte de Donation ni par un état y annexé , est de cette nature. Donc elle est nulle, non seulement vis-à-vis des créanciers & héritiers , mais même vis-à-vis du Donateur lui-même , qui est censé n'avoir rien voulu donner par un Acte aussi vague & aussi indéterminé.

Deffendons de faire dorénavant aucunes Donations des biens présens & à venir.

C'a été jusqu'à présent une grande question de sçavoir , si la liberté indéfinie qu'a toute

personne jouissante de ses droits de disposer de l'universalité de son bien par Donation entre-vifs , s'étendoit tant aux biens à venir qu'aux biens présens. Cette question néanmoins ne pouvoit pas faire de difficulté en pays de Droit écrit. Il est constant que dans le dernier état de la Jurisprudence Romaine fixé par la Loi *si quis argentum* , les Donations entre-vifs pouvant être rendues parfaites par la seule stipulation sans aucune Tradition intervenue , rien n'empêchoit qu'elles ne pussent comprendre les biens à venir comme les présens , pourvu que le Donateur se fût réservé quelque portion de son bien pour en disposer par Testament , parce que les stipulations peuvent être faites non seulement des choses présentes , mais encore de ce qui concerne l'avenir , suivant la Loi *inter diem* D. de verb. obligat. aussi étoit-ce l'usage constant des Provinces qui suivent le droit écrit. Voyez les Arrêts rapportés par M. de la Rocheflavin Liv. 6. Tit. 40. Art. XXII. & XXIII. M. Mainard Liv. 2. Chap. 93. & M. de Chambolas Liv. 5. Chap. 35.

En Pays Coutumier au contraire, cette question a non-seulement partagé les Jurisconsultes , mais elle a même été diversement jugée par les Arrêts. Et si on en retranche ceux qui n'ont point été rendus sur des motifs particuliers , on trouvera que les autres sont en nombre égal de part & d'autre ; ainsi cette contrariété de préjugés fait qu'on ne peut aller chercher aucune résolution dans la jurisprudence des Arrêts.

Si l'on consulte les Coutumes qui ont prévu la question , on ne trouve encore que doute

te & qu'incertitude, par la contradiction que renferment leurs dispositions réciproques. Nous en avons quatre qui ont parlé des biens presens & à venir. Ce sont les Coutumes de Bourbonnois, Berry, Auvergne & Sédan. La Coutume de Bourbonnois décide *en l'Article CCX.*, que *Donation universelle de tous biens presens & à venir ne vaut.* Celle de Berry les rejette aussi & les exclut même des Contrats de mariage. Mais la Coutume d'Auvergne suit la disposition du Droit écrit auquel elle a beaucoup de rapport à cause de sa proximité : elle porte *Art. XXII. Chap. 24.* que *Donations entre-vifs de tous biens presens & à venir, ou de partie, retenue certaine somme de deniers, ou partie desdits biens pour en disposer à son plaisir & volonté, est bonne & valable.* Enfin celle de Sédan, ne les admet que sous condition & quant aux biens dont le Donataire aura été mis en possession du vivant du Donateur.

Ricard (4) a cherché dans les principes de la matière, des éclaircissens qu'il n'a pu découvrir ni dans la Jurisprudence des Arrêts, ni dans l'uniformité des Coutumes. Il est d'avis qu'on ne doit point autoriser les Donations de tous biens presens & à venir, & il appuie son sentiment sur plusieurs raisonnemens solides & péremptoirs, dont voici le principal. L'irrévocabilité, dit-il, fait l'apanage & compose la substance de la Tradition si nécessaire pour la validité d'une Donation entre-vifs. Or les Donations des biens presens & à venir sont incompatibles avec cette

(4) Traité des Donations Part. I. Chap. 4. sect. 2. dis. 2.

irrévocabilité. Car elles ne se vérifient & ne peuvent avoir d'effet , tant pour la force de leur disposition que pour leur exécution , que du jour du décès du Donateur. Tant qu'il vit , il a la liberté d'acquérir & de ne pas acquérir , & ayant acquis , de revendre ou autrement consommer en dettes les acquisitions qu'il a faites. Ces sortes de Donations demeurent donc incertaines , & le Donateur a la liberté de les rendre inutiles jusqu'à sa mort. Par conséquent elles sont opposées aux principes des Donations , qui doivent être irrévocables & composées de choses certaines.

Cependant il ajoute (a) qu'encore qu'il estime , que l'opinion qu'il défend , ne soit pas susceptible de difficulté dans les principes , il est obligé d'avertir pour l'usage présent , qu'on ne peut s'assurer , que l'opinion contraire ne prévale dans les contestations particulières qui s'en présenteroient.

Et en effet Duplessis (b) en parlant des Donations universelles de tous biens présents & à venir , convient , que les plus entendus dans la Jurisprudence Française ont soutenu qu'elles ne pouvoient valoir , à cause du défaut de Tradition absolument nécessaire pour la validité de la Donation entre-vifs. Néanmoins , continue-t'il , ces espèces de Donations ont été reçues & approuvées au Palais ; & il est impossible de s'en exempter après l'Article CCCXXXIV. de la Coutume , qui en ayant parlé , & y ayant même statué , les a par conséquent reconnues & autorisées. Voici les

(a) Ibidem n. 1033.

(b) Duplessis sur Paris des Donations Liv. 2. Chap. 2. sect. 2.

termes de cet Article. Et quant ils succèdent les uns aux meubles , acquêts & conquêts , les autres aux propres ; ou qu'ils sont Donataires ou Légataires universels , ils sont tenus entr'eux contribuer au payement des dettes , chacun pour tels parts & portions qu'ils en amendent.

L'Ordonnance a dérogé dans cet Article au Droit Romain , pour les Provinces qui y sont soumises , & même à l'usage de notre Pays Coutumier , pour s'en tenir au sentiment de ceux que Duplessis appelle à juste titre les plus entendus dans la Jurisprudence Françoisise , & à la tête desquels est sans contredit Ricard.

A peine de nullité desdites Donations , même pour les biens présens.

Les Auteurs même , qui ont rejeté les Donations de tous biens présens & à venir , se sont partagés en trois différentes classes sur la question de sçavoir , si ces sortes de Donations pouvoient valoir pour les biens présens seulement. Auzanet en ses Mémoires , est d'avis , que le Donataire peut se restreindre aux biens présens & renoncer à ceux à venir , & en se chargeant des dettes antérieures à la Donation , se décharger de celles crues depuis.

Cujas (a) a embrassé le même avis.

D'autres , comme Duval (b) & Duplessis ,

(a) Cujas ad leg. si quis argent Cod. de Donat.

(b) Duval de rebus dubiis , trait. 2. n. 4.

Du Plessis sur Paris , des Donations Liv. 2. Chap. 2. sect. 2.

pensent au contraire , que lorsque la Donation est faite conjointement des biens présens & à venir , la nullité de l'un empêche l'exécution de l'autre , parce que dans les principes de Droit , de deux legs , l'un avec charge & l'autre sans charge , il n'est pas permis de prendre celui qui est libre , & répudier l'autre : il faut tout ou rien ; ce qui doit être encore plus vrai des Donations entre-vifs qui sont Contrats synallagmatiques.

Quelques-uns , comme Ricard , ont pris un parti mitoyen ; ils ont soutenu , que quoique la Donation fut nulle pour les biens à venir , elle pouvoit avoir son exécution pour les biens présens ; pourvû qu'il eut été stipulé , qu'en cas que la Donation ne put valoir pour le tout , elle auroit son effet pour les biens présens ; ou du moins pourvû qu'il parût par les termes dans lesquels seroit conçue la Donation , que l'intention du Donateur eut été d'en souffrir la division , en cas qu'elle ne put pas subsister pour les biens à venir.

L'Ordonnance s'est arrêtée au sentiment de ceux qui rejettent indistinctement les Donations des biens présens & à venir dans leur universalité ; & de peur qu'on ne crût que le Législateur vouloit en maintenir l'exécution pour les biens présens seulement , s'il paroïsoit que le Donateur eut eu intention d'en permettre la division , conformément à l'avis de Ricard , l'Article ajoute : *& ce , encore que le Donataire eut été mis en possession , du vivant du Donateur , desdits biens présens en tout ou en partie ;* ce qui est décisif. Car si quelque circonstance peut faire présumer cette intention du Donateur de souffrir la division & le partage

des biens présens d'avec ceux à venir dans sa Donation, il ne peut y en avoir de plus forte, que lorsqu'il livre lui-même de son vivant les biens présens au Donataire en tout ou en partie, & s'en dessaisit en sa faveur indépendamment des biens à venir.

ARTICLE XVI.

Les Donations qui ne comprendroient que les biens présens, seront pareillement déclarées nulles lorsqu'elles seront faites à condition de payer les dettes & charges de la succession du Donateur en tout ou en partie, ou autres dettes & charges que celles qui existoient lors de la Donation, même de payer les légitimes des enfans du Donateur, au-delà de ce dont ledit Donataire peut en être tenu de droit, ainsi qu'il sera réglé ci-après ; laquelle disposition sera observée généralement à l'égard de toutes les Donations faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du Donateur ; & en

cas qu'il se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la Donation ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés , voulons que ledit effet ou ladite somme ne puissent être censés compris dans la Donation , quand même le Donateur seroit mort sans en avoir disposé ; auquel cas ledit effet ou ladite somme appartiendront aux héritiers du Donateur , nonobstant toutes clauses ou stipulations à ce contraires.

Les Donations qui ne comprendroient que les biens présens , seront pareillement déclarées nulles , lorsqu'elles seront faites à condition de payer les dettes & charges de la succession du Donateur en tout ou en partie.

Le Législateur non content d'avoir pros crit dans l'Article précédent , les Donations entre-vifs de tous biens présens & à venir , comme donnant atteinte à l'irrévocabilité qui doit être la baze des Donations entre-vifs, par une suite même du principe, il a pros crit aussi dans celui-ci les Donations où le Donateur auroit imposé

au Donataire la nécessité de payer les dettes qu'il pourroit créer jusqu'à sa mort. En effet, par une semblable clause, le Donateur se réserve la liberté de disposer de l'effet donné, & de le réduire à néant par la création d'autant de dettes qu'il jugeroit à propos, & que le Donataire seroit tenu d'acquitter suivant la stipulation du Contrat ; ce qui est une réserve contraire à la règle *donner & retenir ne vaut*, & entièrement opposée à la certitude nécessairement requise pour rendre valable une Donation entre-vifs.

Ou autres dettes & charges que celles qui existoient lors de la Donation.

Cette disposition est une suite nécessaire de la disposition précédente, & elle a pour fondement le même principe. Mais si elle défend de charger la Donation d'autres dettes, que de celles qui existoient lors de la Donation, elle permet, par un argument contraire, d'y comprendre les dettes existantes lors de la Donation, & de ne la faire qu'à condition de les acquitter. Car rien n'empêche que la Donation entre-vifs ne soit faite avec charge, pourvû que cette charge ne détruise pas la substance de la Donation, en laissant le Donateur dans la liberté d'anéantir la Donation par la création de nouvelles dettes, comme dans l'espece précédente d'une Donation faite à la charge de payer les dettes à créer jusqu'à la mort du Donateur ; mais dans l'espece d'une Donation faite à condition de payer les dettes créées lors de la Donation, la charge est

certaine , & il ne dépend pas de la volonté du Donateur de l'augmenter.

Celles d'entre nos Coutumes qui ont prévu ces deux questions , se sont réunies pour décider , que la Donation entre-vifs de tous biens ou de partie , à la charge de payer toutes les dettes que le Donateur doit & devra à l'heure de sa mort, est nulle , parce que c'est donner & retenir tacitement ; mais que la Donation entre-vifs faite à la charge de payer les dettes que le Donateur doit au tems de la Donation , est bonne & valable. C'est la disposition des Coutumes d'Auvergne Chap. 14. Articles XIX. & XX. de Nivernois Chap. 27. Article III. & de Bourbonnois Article CCXII. M. de la Rocheflavin en son Traité des Droits Seigneuriaux Titre 38. Article VI. rapporte un Arrêt rendu au Parlement de Toulouse , au mois de Juillet 1594. par lequel il témoigne avoir été pareillement jugé, qu'une Donation de tous biens, à la charge de payer toutes les dettes , ne doit pas être considérée comme une Donation entre-vifs. D'où il résulte , que les dispositions de notre Ordonnance à cet égard , sont exactement conformes à l'esprit général du Droit Coutumier , & à la Jurisprudence des Parlemens de Droit Ecrit.

Même de payer les légitimes des enfans du Donateur au-delà de ce dont ledit Donataire peut en être tenu de droit , ainsi qu'il sera réglé ci-après.

La légitime se règle , eû égard aux biens que

que laisse celui sur qui elle se prend , en comprenant les Donations entre-vifs qu'il pourroit avoir faites de son vivant. La fixation en est donc incertaine jusqu'à la mort , puisque le plus ou le moins dépend de ce qu'il peut acquérir ou ne pas acquérir. Ainsi cette condition de payer la légitime des enfans , autrement que le Donataire n'en est tenu de droit , est vague & indéterminée jusqu'à la mort du Donateur , & par conséquent incompatible avec la Donation entre-vifs qui doit être certaine , tant dans l'objet de la libéralité , que dans les charges.

Laquelle disposition sera observée généralement à l'égard de toutes les Donations faites sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du Donateur.

On distingue de deux sortes de conditions , sous lesquelles on peut donner ; la condition potestative & la condition casuelle. La condition potestative est celle qui dépend de la volonté du Donateur , comme s'il avoit dit , *je donne , en cas que je n'aille pas à Paris.* La condition casuelle au contraire , est celle qui peut arriver ou ne pas arriver , indépendamment de la volonté du Donateur , comme celle-ci , *je donne , en cas que tel Navire qui est allé à la Martinique , revienne à bon port.*

Si la condition est potestative , tout le monde convient , conformément à notre Ordonnance , que la Donation est nulle , d'au-

tant qu'elle renferme , sous des termes déguifés , un moyen par lequel il est en la liberté du Donateur de révoquer la Donation. Car il ne lui est pas moins facile d'y donner atteinte par cette voye , que s'il s'étoit réservé directement la faculté de disposer des choses données. C'est l'espece d'un Arrêt rendu le 20 Février 1668. qui a déclaré nulle une Donation mutuelle faite entre les Sieurs Grasseteau freres en faveur du survivant , & à la charge que l'un venant à se marier , la Donation seroit nulle ; sur le fondement qu'il étoit en la liberté du Donateur de rendre sa Donation inutile , en se mariant , ce qui étoit *donner & retenir*.

Mais si la condition étoit casuelle , & dépendoit d'un événement incertain en soi , les sentiments sont partagés.

Plusieurs ne veulent admettre aucune différence entre les conditions casuelles , & les potestatives , & décident que toutes sortes de conditions , apposées dans un Contrat de Donations entre-vifs , servent à la détruire.

Mais Ricard (a) réfute cette opinion , & soutient , que les conditions casuelles ne vicient point les Donations entre-vifs où elles se trouvent ; & il se fonde sur ce raisonnement.

- » Qu'oi qu'il soit de l'essence d'une Donation
- » entre-vifs , dit-il , qu'il ne soit point au pou-
- » voir du Donateur de la faire valoir , ou
- » de la rendre sans effet , cela n'empêche pas ,
- » qu'il ne puisse être stipulé qu'elle sera vala-
- » ble , & qu'elle demeurera sans exécution
- » en un certain cas , pourvû qu'il soit défini ,

(a) Ricard Part. I. Chap. 4. sect. 11. Dist. 2. & nomb. 241. & suiv.

» & qu'il ne dépende pas de la volonté du
 » Donateur ; parce qu'une Donation qui est
 » faite pour avoir son effet en un cas , ne laisse
 » pas d'être parfaite en sa disposition , dès
 » l'instant de la Donation , quoique la condi-
 » tion ne soit pas échue ; de sorte , qu'il n'est
 » plus en la liberté du Donateur de faire que
 » le Don soit valable ou non : mais il a sa
 » substance nécessaire , au cas de la condition ;
 » ce qui suffit pour l'essence de la Donation
 » entre-vifs , la loi ne désirant autre chose ,
 » sinon que la révocation ne dépende pas de
 » la volonté du Donateur. »

Ricard se sert encore , pour confirmer son
 avis , de l'Article CCLXXIV. de la Coutu-
 me de Paris , qui en interprétant ce que c'est
 que *donner & retenir* , dit , que c'est lorsque le
 Donateur s'est réservé la puissance de disposer
 librement de la chose par lui donnée : “ d'où
 » il suit , ajoute notre Auteur , que la reten-
 » tion qui détruit la nature de la Donation
 » entre-vifs , n'est qu'au cas qu'il dépende
 » de la libre volonté du Donateur , de lui
 » donner effet ou non , & non point quand
 » la révocation est stipulée en un certain cas ,
 » alors ce n'est point le Donateur qui révo-
 » que , mais la condition ; & il suffit que le
 » Donateur ait lié sa volonté en un cas limité
 » pour la rendre parfaite en ce point , puis-
 » qu'au cas de la condition , il ne dépend plus
 » de lui de la révoquer librement ; & quoi-
 » que l'événement de la condition soit répu-
 » té incertain par la foiblesse de la connois-
 » sance des hommes qui ne peuvent prév-
 » l'avenir , il ne laisse pas d'être cer-
 » soi. »

sur
 certain en

Notre Ordonnance, en ne rejetant des Donations que les conditions potestatives, semble incliner pour le sentiment de Ricard, & admettre, dans les Donations entre-vifs, le libre usage des conditions casuelles.

Et en cas qu'il se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la Donation, ou d'une somme fixe à prendre sur les biens donnés, voulons que ledit effet ou ladite somme ne puissent être censés compris dans la Donation, quand même le Donateur seroit mort sans en avoir disposé, auquel cas ledit effet ou ladite somme appartiendront aux héritiers du Donateur.

Les meilleurs Auteurs ont toujours été d'avis, que lorsque le Donateur s'est simplement réservé la disposition d'une somme, ou d'une partie des choses données, (ce qui est la même chose) sans la destiner à personne en particulier, dans le cas où il viendrait à décéder sans en avoir disposé, la somme ou la chose réservée doivent appartenir à l'héritier *ab intestat* du Donateur. Comme cet héritier doit être la personne la plus aimée, suivant l'ordre de la nature & du sang, la réserve est présumée avoir été faite en sa faveur, ne paroissant pas que le Donateur ait eu une autre pensée, & la réserve qu'il a faite, étant une déclaration suffisante que son intention n'étoit

pas que le Donataire en profitât. C'est l'espece de la Loi *si mulier* 25. de *jure dotium*, & de la Loi *secundum* 4. *Cod. de Contract. & commit. stipul.* M. de Cambolas rapporte aussi quelques Arrêts conformes du Parlement de Toulouse. (a)

Mais les sentiments ne sont pas tout-à-fait aussi unanimes sur la question qui suit. Si le Donateur a expressément déclaré, qu'en cas qu'il mourût sans avoir disposé de la somme réservée, il entendoit qu'elle appartint au Donataire, la stipulation aura-t-elle son effet ? ou bien nonobstant icelle, les héritiers pourront-ils revendiquer utilement la somme ou la chose réservée ?

Plusieurs se déclarent pour le Donataire, & rapportent en leur faveur un Arrêt rendu le 2 Juillet 1659. qu'ils prétendent être favorable à leur sentiment. On pourroit encore y en joindre un autre rendu en la Grand'Chambre le 14 Février 1638. au profit de Guy Maragnier Bourdin Donataire, contre Nicolas Bourdin de Varaimer. Cet Arrêt a été confirmé sur Requête civile par un autre Arrêt du 5 Août 1639.

D'autres au contraire, embrassent le parti des héritiers contre les Donataires : & de ce que l'incertitude ne pouvant compâtrir avec la Donation entre-vifs, il faut, pour lui donner sa perfection, que le Donateur consomme sa volonté sur le champ, & au tems que la Donation est faite, ils concluent que lorsque le Donateur n'a pas disposé d'une somme qu'il s'est réservée par la Donation, elle appartient

(a) Cambolas, décisions notables liv. 5. Chap. 2.

de droit à l'héritier , quand même il auroit été stipulé par l'Acte de Donation , que faite par le Donateur d'en disposer , elle demeureroit au Donataire ; parce qu'à l'égard de la somme réservée , la Donation est imparfaite. On peut appliquer à cet avis un Arrêt rendu en Audience de la Grand'Chambre le 3 Avril 1648. de relevée pour l'héritier , dont on voit l'espece dans Ricard. (a) On en remarque encore un second rendu en la cinquième Chambre des Enquêtes au rapport de M. Hatte , qui a aussi adjugé la somme réservée aux héritiers. L'Auteur des Notes sur Ricard qui rapporte cet Arrêt , n'en a pas mis la date.

Ce sentiment est universellement adopté dans nos Coutumes. Celle de Bourbonnois porte , Article 211. *Donation entre-vifs de tous biens , retenue certaine somme de deniers ou partie desdits biens , pour en disposer à son plaisir & volonté , est bonne quant aux biens non retenus.* Les Coutumes de Sedan Article CXII. & d'Auvergne tit. 14. Article XXII. & XIII. disent de même , que la somme de deniers ou partie desdits biens retenus appartiendront aux héritiers du Donateur , s'il n'en a disposé de son vivant , & non au Donataire : & la disposition de ces Coutumes , comme fondée sur une raison générale , doit avoir lieu dans toutes celles qui n'ont point une disposition contraire.

Si de la Jurisprudence des Arrêts & des textes des Coutumes , on passe aux décisions des Jurisconsultes , Dumoulin décide formellement , que la Donation , jusqu'à concurrence

(a) Ricard part. I. Chap. 4. sect. 1. dist. 1. nomb. 1018.

de la reserve , ne peut être mise au rang des Donations entre-vifs , *si quis donet omnia bona præsentia reservatis 300. ad testandum ; si non est testatus , remanent 300. hæredi , nec cedunt lucra Donatori ; quia ea tenus bona retenta sunt , & sic Donatio nulla ea tenus.* Dumoulin sur Paris §. 160. no. 9.

Ricard prononce de même affirmativement pour les héritiers , sans aucune distinction. (a) Mais ailleurs (b) il distingue entre les Pays où la Tradition est requise , & ceux où elle ne l'est pas , telles que sont les Provinces soumises au Droit Ecrit : dans les premiers , il décide que la somme réservée appartient aux héritiers , indépendamment de la stipulation portée au Contrat , qu'elle appartiendrait au Donataire , faute par le Donateur d'en avoir disposé , parce que cette stipulation est incompatible avec la Tradition. Mais à l'égard des Pays de Droit écrit , il croit que la stipulation est valable , & qu'en conséquence la chose réservée doit demeurer au Donataire , parce que par la Loi du Pays le Contrat n'étant pas assujetti à la Tradition , rien n'empêche qu'une telle stipulation n'en puisse faire partie.

Cette distinction devient illusoire depuis l'Ordonnance , par deux raisons ; la première , parce que l'Ordonnance a soumis , à la nécessité de la Tradition , tous les Pays de la domination Françoisé , tant les Provinces Coutumieres ,

(a) Idem III. part. Chap. 7. sect. 2. nomb. 741. & suiv.

(b) Idem I. part. Chap. 4. sect. 2. dist. 2. nomb. 1014. & suiv.

que celles de Droit écrit ; la seconde , en ce que le présent Article a abrogé nommément toutes ces stipulations , en ordonnant que la somme réservée appartiendrait aux héritiers , si le Donateur n'en avoit disposé de son vivant , *nonobstant* , ajoute l'Article , *toutes clauses ou stipulations à ce contraires.*

A R T I C L E XVII.

Voulons néanmoins que les Donations faites par Contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendans , même par des Collatéraux ou par des Etrangers , soient exceptées de la disposition de l'Article XV. ci-dessus , & que lesdites donations faites par Contrat de mariage puissent comprendre , tant les biens à venir que les biens présents en tout ou en partie : auquel cas il sera au choix du Donataire de prendre les biens telsqu'ils se trouveront au jour du décès du Donateur , en payant toutes les dettes & charges , même celles qui seroient postérieures à la Donation , ou de

s'en tenir aux biens qui existoient dans le tems qu'elle aura été faite , en payant seulement les dettes & charges existantes audit tems.

Voulons néanmoins que les Donations faites par Contrat de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendants , même par des Collatéraux ou par des Etrangers , soient exceptés de la disposition de l'Article XV. ci-dessus , & que lesdites Donations faites par Contrat de mariage puissent comprendre tant les biens à venir que les biens présens en tout ou en partie.

Tous nos Auteurs François se réunissent pour attester la vérité de cette maxime , que la Tradition si indispensable en général dans toutes les Donations , n'est point nécessaire selon notre usage à l'égard des Donations faites par Contrat de mariage. Ces Donations ont été affranchies de la nécessité de la Tradition , parce que la Tradition n'a été établie que pour éviter des fraudes qui ne se présument point dans des Actes de cette espèce.

Ces prérogatives accordées aux Contrats de mariage , remontent parmi nous presque à l'origine de la Monarchie. Nous en trouvons des vestiges dans la plus ancienne de toutes nos Loix , qui est la Loi Salique. Il est vrai

que ces privilèges n'étoient pas aussi étendus qu'ils le sont aujourd'hui ; ce n'est que par degrés qu'on a rendu les Contrats de mariage susceptibles de toutes sortes de conventions pour les successions futures. On ne toléroit même d'abord que celles faites par les contractans ou leurs peres & meres & autres ascendans. Mais ensuite les stipulations de cette nature faites par les Collatéraux & même par les Etrangers , y ont été admises avec la même faveur ; de sorte que nous tenons depuis long-tems pour droit commun, que les successions futures se peuvent donner & promettre valablement dans un Contrat de mariage en faveur des futurs époux & de leurs descendans , par quelque personne que ce soit , pourvu qu'elle soit capable de disposer.

Cette maxime que la règle *donner & retenir* n'a point lieu dans nos Contrats de mariage , & que les institutions d'héritier y sont admises , se trouve établie par des dispositions formelles de plusieurs de nos Coutumes. La Coutume de Bourbonnois *Article CCXIX.* contient les véritables règles de notre Jurisprudence sur cette matière ; en voici les termes : *Toutes donations , conventions , avantages , institutions d'héritiers & autres choses faites en Contrat de mariage , le mariage fait par paroles de présent , sont bonnes & valables en quelque forme qu'elles soient faites etiam , en donnant & retenant : soient telles dispositions apposées ou ajoutées audit Contrat de mariage , avant ou pendant les funérailles , réservé toutefois aux enfans leur droit de légitime ; posé aussi que lesdites Donations &*

avantages soient faites à personnes étrangères contractant ledit mariage, bâtards ou autres quelconques : & saisissent telles dispositions les cas venus, quand lesdites Donations & dispositions sont faites par personnes habiles à contracter.

On pourroit ajouter à ce texte de la Coutume de Bourbonnois un grand nombre d'autres textes de différentes Coutumes qui ont des dispositions semblables. Telles sont les Coutumes d'Auvergne *Chap. 4. & 6*, de Vermandois *Article LIV. & LV.*, de Châlons *Article LXV.*, de Bar *Article CLXVII.* & de Nivernois *Chap. 27. Article CXXIX.*

Si des textes de nos Coutumes nous passons à la Jurisprudence des Arrêts, nous y trouverons le même usage non moins universellement autorisé. On en trouve un du 24 Mars 1521. cité par Theveneau en son Commentaire sur l'Article CCXIX de la Coutume de Poitou; un autre du 19 Août 1658. rapporté par Pichou, sur la Coutume de Troyes Art. CXXXVII. Vervins fait encore mention de trois autres en son Commentaire sur la Coutume de Chauny; les deux premiers sont des années 1520. & 1586. & le troisième du 22 Août 1607. On en trouve encore d'autres conformes dans M. le Prêtre en ses *questions de droit*, *Centurie 2. Chap. 90.* & dans Brodeau sur M. Louet *lettre S. n° 9.*

Les sentimens des Jurisconsultes ne sont pas moins unanimes en faveur de cet usage, que nos Coutumes & les Arrêts. *Faber, Benedicti, Mazuer, Bærius* & les autres qui les ont suivis, M. le Prêtre & Brodeau dans les endroits ci-devant cités, enfin Dumoulin en

son Commentaire sur l'ancienne Coutume de Paris §. 120. n^o. 2. & §. 160. n^o. 7, rendent tous témoignage à l'autenticité de cet usage ; & ce dernier ajoute même qu'il doit avoir lieu dans les Coutumes qui ne contiennent point de disposition contraire.

Il y a plus : quoiqu'il paroisse que cet usage soit contraire aux principes du Droit Romain, il a été reçu aussi favorablement dans les Provinces de Droit écrit que dans les Pays Coutumiers. Voyez sur cela M. de Cambolas Liv. 5. Chap. 35. & Henris Tome I. Liv. 5. quest. 59. Ainsi notre Ordonnance n'a fait autre chose qu'ériger une Loi d'un usage déjà constant dans toute la France.

Auquel cas il sera au choix du Donataire de prendre les biens tels qu'ils se trouveront au jour du décès du Donateur, en payant toutes les dettes & charges, même celles qui seroient postérieures à la Donation, ou de s'en tenir aux biens qui existoient dans le tems qu'elle a été faite, en payant seulement les dettes & charges existantes audit tems.

La plûpart des Auteurs, qui avant l'Ordonnance, admettoient les Donations universelles de tous biens présens & à venir indistinctement, donnoient aussi la même alternative aux Donataires ; à l'exception de Duplessis, qui, quoiqu'il admit aussi ces sortes de Donations de tous biens présens & à venir indistincte-

ment , croyoit cependant qu'elles étoient indivisibles , & qu'il n'étoit pas permis d'en accepter une partie & de refuser l'autre.

ARTICLE XVIII.

Entendons pareillement que les Donations des biens présens faites à condition de payer indistinctement toutes les dettes & charges de la succession du Donateur , même les légitimes indéfiniment , ou sous d'autres conditions , dont l'exécution dépendroit de la volonté du Donateur , puissent avoir lieu dans les Contrats de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendans , par quelques personnes que lesdites Donations soient faites , & que le Donataire soit tenu d'accomplir lesdites conditions , s'il n'aime mieux renoncer à ladite Donation ; & en cas que ledit Donateur par Contrat de mariage se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la Donation de ses biens pré-

sens , ou d'une somme fixe à prendre sur lesdits biens , voulons que , s'il meurt sans en avoir disposé , ledit effet ou ladite somme appartiennent au Donataire ou à ses héritiers, & soient compris dans ladite Donation.

L'Article 16 de notre Ordonnance , n'a réprouvé les Donations faites à des conditions qui dépendent de la volonté du Donateur dans leur exécution , & n'a retranché des choses données , celles dont il s'étoit réservé de disposer , que parce que dans l'un & l'autre de ces deux cas , le Donateur *donne & retient* , ce qui est contraire à l'irrévocabilité & à la certitude qui sont l'essence de la Donation entre-vifs. Mais comme la regle *donner & retenir ne vaut* , n'a point lieu dans les Donations faites par Contrat de mariage , ainsi qu'on l'a démontré ci-devant , ce qui a été prohibé par l'Article XVI. pour toutes les Donations ordinaires , a du être autorisé pour les Donations faites par Contrat de mariage , puisque la prohibition de l'Article XVI. n'a pour fondement que cette regle. C'est à cette conséquence nécessaire , que l'Article se réduit.



TITRE QUATRIÈME.

De l'Insinuation.

IL ne suffiroit pas , pour la perfection d'une Donation entrevifs , qu'elle fut accompagnée d'*Acceptation* & de *Tradition* ; il lui manqueroit encore , pour la rendre valable vis-à-vis de toutes sortes de personnes , une troisième solemnité , c'est l'*Insinuation*.

L'*Insinuation* n'est autre chose que l'enregistrement des dispositions qui doivent être rendus publiques , pour éviter les fraudes. Tant que nous n'avons reconnu parmi nous d'autre Tradition que la réelle dans les Donations ; tant que nous avons cru qu'elles ne pouvoient être véritablement accomplies que par un délaissement

actuel & effectif de la part du Donateur , nous n'avons pas eu besoin d'autres voyes , pour rendre publiques nos Donations , que cette Tradition même. Car par ce moyen chacun étoit à portée de sçavoir par lui-même si un autre avoit donné , & ce qu'il avoit donné , puisqu'il n'avoit pu le faire , qu'en se dépouillant lui-même en faveur de celui à qui il avoit donné. Mais depuis qu'à l'*instar* du Droit Romain , nous avons admis parmi nous la Tradition par voye feinte, & que nous l'avons fait marcher de pair avec la Tradition réelle ; depuis qu'il a été permis en France de séparer la propriété d'avec l'usufruit & de donner l'un en retenant l'autre , la porte a été ouverte à la fraude & à la mauvaise foi. Un homme, en retenant l'usufruit de ce qu'il donnoit , pouvoit facilement donner tout son bien sans qu'il parut aucun changement ex-

térieur

rière dans l'état de sa fortune. De-là nombre de gens trompés par de fausses apparences , contractoient avec cet homme dans la plus entière sécurité , croyant y trouver les mêmes sûretés qu'au paravant ; & ils en étoient les victimes. Le secret des Donations pouvoit même demeurer concentré entre le Donateur & le Donataire jusqu'à la mort du Donateur ; & les héritiers du Donateur , flattés de même que les créanciers , par des fantômes illusoires, étoient pris au même piège ; ils acceptoient , sans hésiter , purement & simplement, une succession qu'ils croyoient opulente , & qui par l'événement n'avoit plus rien de réel que des dettes considérables dont ils étoient tenus : & ce , par la distraction des biens donnés , qui ne faisoient plus partie de la succession. Il a donc fallu trouver un remède proportionné à un aussi grand désordre &

ôter, s'il étoit possible, la clandestinité qui faisoit le vice de ces traditions par voye feinte. C'est ce qui a donné lieu à l'établissement de l'*Insinuation* pour les Donations entre-vifs.

L'*Insinuation* doit sa naissance parmi nous à François I. qui l'a introduite dans l'Ordonnance de 1539. Article CXXXII. Dans la suite cet Article eut besoin d'une interprétation qui fut donnée par la Déclaration du mois de Février 1549. Cette interprétation fut encore étendue & amplifiée par l'Article LVIII. de l'Ordonnance de Moulins en 1566. Nous passons sous silence & l'Edit d'Henry II. du mois de Juin 1548. & l'Ordonnance de 1553, parce que ni l'un ni l'autre n'ont jamais eu aucune exécution. Ensuite sont intervenus, l'Ordonnance de 1612, l'Edit de 1703, la Déclaration de 1704, une autre Déclaration de 1708, une de

1717. & une de 1729 , enfin une dernière du mois de Février 1731. Il s'agit à présent d'examiner ce que notre Ordonnance a changé, ajouté, ou diminué sur ces Loix antérieures.

A l'égard de l'ordre & de l'économie qui y ont été observés , les Articles XIX, XX , XXI. & XXII. traitent des Donations qui sont assujetties à la formalité de l'*Insinuation* , & de celles qui en sont exceptées. Les Art. XXIII. XXIV. & XXV. règlent le lieu & la forme de l'*Insinuation* ; l'Article XXVI. en règle le tems ; les Articles XXVII , XXVIII , XXIX , XXX. & XXXI. font l'énumération , tant de ceux qui pourront opposer le défaut d'*Insinuation* , que de ceux à qui on pourra l'opposer. L'Article XXXII. assujettit à la formalité de l'*Insinuation* , même l'Eglise & les mineurs. Enfin l'Article XXXIII. contient une exception

en faveur du Pays de Flandre.

ARTICLE XIX.

Les Donations faites dans les Contrats de mariage en ligne directe , ne seront pas sujettes à la formalité de l'Insinuation.

Les peres & meres sont naturellement dans l'obligation de pourvoir leurs enfans , en les mariant , eû égard à leur qualité , & aux biens qu'ils possèdent. Ainsi on doit moins regarder les Donations qu'ils leur font dans les Contrats de mariage , comme l'exercice d'une libéralité , que comme l'acquit d'un devoir & d'une dette. C'est pour cela que les meilleurs Auteurs ont toujours pensé , que ces Donations n'étant telles que de nom , devoient être affranchies de la formalité de l'Insinuation. Mais cet affranchissement est-il général & indélini ? a-t'il lieu contre toutes sortes de personnes , & une Donation peut-elle être impunément dépourvue de la formalité de l'Insinuation , tant vis-à-vis des créanciers , que vis-à-vis des héritiers du Donateur , par cela seul , que cette Donation est faite par Contrat de mariage en ligne directe ?

La Jurisprudence des Arrêts a toujours constamment décidé , qu'une Donation étoit valable , sans Insinuation , contre les héritiers du Donateur. Et la raison pour laquelle ils ne peuvent se prévaloir du défaut d'Insinua-

tion, est sensible. L'Insinuation a été établie, pour ôter la clandestinité des Donations. Or est-il vrai-semblable que les héritiers du Donateur aient ignoré le Contrat de mariage de leur frere ou de leur sœur, qui contient la Donation ? & un Acte aussi solennel & aussi authentique dans la famille, peut-il passer pour secret & clandestin à leur égard ? c'est ce qui ne se peut présumer.

Mais il s'en faut bien, que la même raison milite contre les créanciers du Donateur, qui peuvent parfaitement n'avoir aucune connoissance, ni du Contrat de mariage, ni de la Donation. Aussi voyons-nous, que la Jurisprudence a été long-tems incertaine à leur égard. Ricard rapporte des Arrêts qui ont décidé pour & contre, & quoiqu'il penche pour l'opinion contraire aux créanciers, (qui n'étoit cependant pas la plus suivie de son tems, selon lui-même,) il auroit souhaité, dit-il, que la question fut terminée par un Arrêt solennel. Son souhait a été accompli. La Jurisprudence s'est enfin fixée à son sentiment. On en trouve un Arrêt entr'autres, dans la quatrième partie du Journal du Palais, rendu en faveur de la Dame d'Hillerin contre les créanciers de son pere, en la quatrième Chambre des Enquêtes, le 14 Mai 1675. au rapport de M. Mascarin. La troisième partie du même Journal du Palais, en fournit encore un autre du 31 Juillet 1673. qui a ordonné que M. le Duc de la Rochefoucault seroit colloqué du jour de son Contrat de mariage, contre les créanciers postérieurs, qui alléguoient le même deffaut d'Insinuation. Nous avons un Edit du feu

Roi, qui a confirmé cette dernière Jurisprudence. C'est l'Edit du mois de Décembre 1703. qui ordonne, que toutes les Donations entre-vifs, soit de meubles ou immeubles, seront insinuées, à l'exception de celles qui auroient été faites en ligne directe, par Contrat de mariage, sans distinction des créanciers d'avec les héritiers. Notre Ordonnance y est relative, & forme sur ce point, une exception à la Déclaration du mois de Février 1549. qui assujettissoit à l'Insinuation, aussi bien les Donations faites par Contrat de mariage, que les autres, en ces termes. *Nous déclarons & ordonnons, que sous le nom de Donation, seront comprises & sujettes à Insinuation, les Donations faites en traité de mariage & autres, &c.*

A R T I C L E X X.

Toutes les autres Donations, même les Donations rémunératoires, ou mutuelles, quand même elles seroient entièrement égales, ou celles qui seroient faites à la charge de services & de fondations, seront insinuées suivant la disposition des Ordonnances, à peine de nullité.

Toutes les autres Donations seront insi-

nues suivant la disposition des Ordonnances à peine de nullité.

Ces Ordonnances sont , 1°. celle de 1539. qui veut , Article CXXXII , que *toutes Donations qui seroient faites ci-après , soient insinuées & enregistrées autrement soient réputées nulles.* 2°. La Déclaration donnée sur cette même Ordonnance , au mois de Février 1549. qui confirme cette disposition , & qui y comprend même les Donations faites par Contrats de mariage , & autres tant simples que rémunératoires. 3°. L'Ordonnance de Moulins de 1566. qui ordonne , que *toutes Donations faites entre-vifs . . . de quelque forme & qualité qu'elles soient faites entre-vifs , seront insinuées , &c.* 4°. L'Edit de 1703. dont nous avons rapporté les dispositions sur l'Article précédent , & qui assujettit de même à l'Insinuation , toutes les Donations entre-vifs , en exceptant seulement , celles faites par Contrat de mariage en ligne directe , conformément à la nouvelle Jurisprudence.

Même les Donations rémunératoires.

Cette disposition est conforme aux anciennes Ordonnances. Celle de 1539. avoit en général ordonné l'Insinuation de toutes les Donations qui seroient faites entre les sujets du Roi , sans aucune distinction. Mais comme cette Ordonnance paroissoit avoir été tirée de la disposition du Droit Romain , on voulut aussi y appliquer les restrictions introduites par ce même droit , & dispenser de

la rigueur de la Loi , les dispositions favorables , telles que les Donations rémunératoires. C'est ce qui a fait , que pour maintenir l'entière observation de la Loi , le Prince fut obligé , par la seconde Déclaration qui intervint au mois de Février 1549. sur l'Ordonnance de 1539. de déclarer , que sous le nom de Donations , seroient comprises & sujette à Insinuation , les Donations faites entre-vifs , *combien qu'elles ne soient simples ains rémunératoires.*

Cependant Ricard (a) est d'avis , qu'il faut distinguer , les Donations vraiment rémunératoires , d'avec celles qui n'en ont que le nom. Quant aux Donations , dont l'énonciation des services n'est qu'une couleur affectée , il convient , qu'elles sont sujettes à Insinuation , parce qu'elles ne sont proprement , que des Donations pures & simples déguisées. Mais quand les services sont réels , & de nature à donner une action au Donataire contre le Donateur , il soutient , que les Donations qui ont ces services pour objet , doivent être affranchies de la formalité de l'Insinuation : parce que c'est plutôt , *datio in solutum* , qu'une véritable Donation. Il se sert même , pour autoriser son sentiment , de ce que l'Ordonnance de Moulins , postérieure à la Déclaration de 1549. en faisant l'énumération des Donations sujettes à l'Insinuation , ne parle point des *Donations rémunératoires*. Enfin il rapporte un Arrêt prononcé en Robes rouges à la Notre - Dame d'Août 1582. qu'il prétend être favorable à son avis.

(a) Ricard des Donations , Part. I. chap. 4. sect. 3. n. 1093. & suivans.

Néanmoins ,

Néanmoins, quelque plausible que paroisse cette distinction, notre Ordonnance ne l'a point adoptée, & pour éviter, sans doute, la difficulté de distinguer les Donations purement rémunératoires, d'avec les vraies Donations, auxquelles il seroit aisé de donner une telle couleur, elle a confirmé purement & simplement, la disposition de la Déclaration de 1549. en assujettissant à l'Insinuation, les Donations rémunératoires indéfiniment.

Ou mutuelles quand même elles seroient entièrement égales.

Quoique les Donations mutuelles, égales & réciproques, admises dans la plupart de nos Coutumes, ne méritent pas d'être mises au rang des Donations; cependant elles ont toujours été rendues sujettes à l'Insinuation. L'Ordonnance de Moulins, Art. LVIII. y est précise. *Toutes Donations (y est-il dit) faites entre-vifs, mutuelles, réciproques, &c. seront insinées.* La Jurisprudence des Arrêts a même étendu cette disposition, jusqu'aux Donations mutuelles qui semblent ne rien retenir de la substance des Donations, comme dans la Coutume de Poitou, où ces sortes de Donations sont révocables jusqu'à la mort, par l'un des conjoints contre la volonté de l'autre; & les Arrêts de règlement, n'ayant pas été suffisans pour soumettre cette Province accoutumée à un usage contraire, il a fallu une Déclaration particulière, qui a été vérifiée au Parlement le 5 Décembre 1622. par laquelle toutes Donations mutuelles, ont été déclarées sujettes

à l'Insinuation , sans préjudicier toutefois aux Donations faites , avant la Déclaration , en la Coutume de Poitou , & que le Roi a déclaré valables , quoiqu'elles n'eussent point été insinuées. Les Arrêts subséquens ont jugé en conséquence. Ainsi on peut dire , que depuis 1622. les Donations mutuelles & réciproques , ont été *universellement* assujetties à l'Insinuation.

Ou celles qui seroient faites à la Charge de service & de fondations.

L'Ordonnance de Moulins , joint aux Donations *mutuelles & réciproques* , les Donations onéreuses , comme sujettes à l'Insinuation. Sur ce fondement , la Cour n'en a pas même exempté les Donations faites pour œuvres pies , & en faveur des Eglises. M. Louet (a) atteste , que c'est ce qui a été décidé , par Arrêt prononcé à la Notre-Dame de Septembre de l'année 1588. Ricard (a) fait mention d'un autre Arrêt rendu le 30 Mai 1694. qui a déclaré nulle une Donation de cette espèce faite par M. de la Cour Président en la Chambre des Comptes , faute d'Insinuation.

Cependant ce même Auteur voudroit en exempter , particulièrement à l'égard des héritiers du Donateur , les Donations faites aux hôpitaux ou autres Eglises , pour cause de fondations & avec charges , lorsqu'elles ne

(a) Louet lettre D. nomb. 27.

(a) Ricard des Donations , Part. I. Chap. 4. Sect. 3. nomb. 1108.

font pas excessives ; il rapporte même un Arrêt qu'il prétend confirmer son sentiment , & qu'il ne datte point. Il dit , que cet Arrêt a été rendu en l'Audience de la Grand'Chambre de relevée , & qu'il a confirmé une Donation de 3. ou 4000. liv. en héritage & en deniers , faite au profit de l'hôpital de la ville de Troyes , quoiqu'elle ne fut pas accompagnée d'Insinuation , contre les héritiers qui profitoient d'ailleurs d'une succession de 300000. liv. Mais notre Ordonnance n'est point entré dans cette distinction , & elle déclare sujettes à l'Insinuation , toutes les Donations faites à la charge de services & de fondations.

ARTICLE XXI.

Ladite peine de nullité n'aura pas lieu , néanmoins à l'égard des Dons mobiles , Augmens , Contr'augmens , Engagemens , Droits de rétention , Agencemens , Gains de nôces & de survie dans les Pays où ils sont en usage ; à l'égard de toutes lesquelles stipulations ou conventions à quelque somme ou valeur qu'elles puissent monter , notre Déclaration du 25 Juin 1729. sera exécutée suivant sa forme & teneur.

I ij

Dons mobiles.

En Normandie le mari prend ordinairement un Don mobile sur la Dot promise à sa femme , suivant l'Article CCCXC. de la Coutume de cette Province. Ce Don mobile , est plus ou moins fort , suivant qu'il est stipulé au Contrat. Le pere , en mariant sa fille , peut donner au mari en Don mobile toute sa Dot. Ce qui est une conséquence de l'Article CCL. de la Coutume. Mais si le pere n'a rien stipulé en Don mobile , l'usage de la Province est de donner au mari le tiers de la Dot de la femme.

Augmens.

L'Augment de Dot en Pays de Droit écrit , est une portion des biens du mari , qui est accordée à la femme survivante , pour lui aider à s'entretenir , suivant sa qualité. L'augment est ou contractuel , ou coutumier.

L'Augment contractuel , est celui qui est réglé par le Contrat de mariage. Il depend absolument de la volonté des parties , qui le peuvent fixer à telle somme qu'ils veulent , sans qu'il soit nécessaire d'avoir égard à la Dot de la femme , ni aux biens du mari.

L'Augment coutumier , est celui qui est réglé par l'usage. La quotité n'en est pas certaine & uniforme. Elle varie suivant la différence des Pays , des biens , & de la qualité des personnes. Au Parlement de Toulouse , elle est de la moitié sans distinction : au Parlement de Grenoble , l'Augment des personnes nobles , est plus fort que celui des rotu-

tiers ; au Parlement de Bourdeaux , l'Augment des filles est de la moitié , & celui des veuves du tiers ; dans les Pays de Droit écrit , du Parlement de Paris , quand la Dot est en argent , l'Augment est de la moitié , quand la Dot consiste en immeubles , l'Augment n'est que du tiers.

L'Augment des Pays de Droit revient à peu près à notre Douaire en Pays Coutumier.

Contr'augmens.

C'est une portion des biens de la femme ; qui appartient au mari en cas de survie , dans les Pays de Droit écrit ; elle est proportionnée à peu près à l'Augment accordé à la femme , sur les biens du mari , dans le cas où c'est elle qui est survivante.

Engagemens.

L'Engagement en général , est la Tradition actuelle d'un héritage pour en jouir par le créancier , jusqu'au parfait paiement de la dette pour laquelle l'engagement est fait , afin que les fruits de l'héritage tiennent lieu de l'intérêt de l'argent.

Droits de rétention.

C'est un avantage qui est stipulé en Pays de Droit écrit au profit du mari , de retenir , en cas de survie , une certaine portion de la Dot , ou une certaine somme sur la Dot de

sa femme , à l'effet de n'être tenu , envers les héritiers de la femme , qu'à la restitution du surplus , dans le tems & de la manière que les parties conviennent.

Agencemens.

C'est un terme principalement en usage au Parlement de Bordeaux , pour dire un avantage en cas de survie , que les futurs conjoints peuvent se faire par Contrat de mariage. Il a quelque rapport à ce que nous nommons *Préciput* en Pays Coutumier.

Gains de nœces & de survie.

Ce sont toutes les libéralités faites entre conjoints par leur Contrat de mariage , au profit du survivant , soit qu'elles soient réciproques ou non. Ce terme est en usage particulièrement dans le Pays de Droit écrit.

A l'égard de toutes lesquelles stipulations & conventions , ladite peine de nullité n'aura pas lieu , à quelque somme ou valeur qu'elles puissent monter. Et notre Déclaration du 26. Juin 1729. sera exécutée suivant sa forme & teneur.

On a douté long-tems , si les Donations faites par forme d'*Augment* , *Contr'augment* , *Dons mobiles* , *Engagemens* , *Gains de nœces*.

& de survie , étoient sujettes à l'Insinuation dans les Pays où elles sont en usage. C'est ce qui a donné lieu à une Déclaration du 20 Mars 1708. dont l'Article III. ordonne positivement qu'elles seront insinuées. Mais comme toutes les autres Donations doivent être insinuées , à peine de nullité , suivant les Ordonnances , & que la Déclaration de 1708. en assujettissant les Donations dont il s'agit , à être insinuées , sembloit les y avoir assujetties *sous les mêmes peines* , le Prince a bien voulu tempérer cette rigueur à leur égard , par une seconde Déclaration du 25 Juin 1729. dont notre Ordonnance prescrit l'exécution. Ainsi il doit demeurer pour constant , que quoique les Donations par forme d'*Augmens*, *Contr'augmens* , &c. doivent , comme les autres , être insinuées , conformément à la Déclaration de 1708 , cependant le défaut d'Insinuation n'en emporte pas la nullité aux termes de la Déclaration de 1729.

En effet la Déclaration de 1729. affranchit de la peine de nullité , faute d'Insinuation , les Dons mobiliers , Augmens , Contr'augment , Engagemens , Droits de rétention , Agencemens , Gains de nôtres & de survie ; *déclarant , qu'audit cas , ceux qui auront négligé de satisfaire à la formalité de l'Insinuation , n'ont dû & ne doivent être regardés , que comme sujets aux autres peines prononcées par les Edits & Déclarations.*

La même Déclaration explique dans son préambule , la raison du privilège accordé aux Dons mobiliers , Augmens , Contr'augment , &c. Elle le fonde sur la différence essentielle , qui se rencontre , entre les Donar

tions & autres Actes de cette nature , où un tiers est intéressé , & entre des dispositions qui n'ont point le caractère d'une véritable Donation , n'étant que de simples conventions matrimoniales. Quant aux premières , auxquelles un tiers peut être intéressé , elles doivent être regardées comme non avenues , quand elles n'ont point été rendues publiques par l'Insinuation. Mais pour les secondes , qui sont stipulées , entre les parties contractantes , soit pour aider le mari à soutenir les charges du ménage , soit pour balancer les avantages qu'il fait réciproquement à sa femme , & pour établir par là une espece de compensation aussi favorable que juste , elles ne pourroient être déclarées nulles , faute d'Insinuation , sans détruire l'esprit & la liaison de toutes les clauses d'un Contrat de mariage , & cela dans un tems , où cette rigueur ne pourroit plus être réparée , & rendroit la condition des deux contractans entierement inégale.

Tels sont les motifs puissans , qui ont fait affranchir de la peine de nullité , faute d'Insinuation , les *dons mobiliers* , *Augmens Contr'augmens* & autres dispositions de cette espece.

A R T I C L E XXII.

L'exception portée par l'Article précédent & par ladite Déclaration , aura pareillement lieu à l'égard des Donations de choses mobili-

liaires , quand il y aura Tradition réelle , ou quand elles n'ex-céderont point la somme de mille livres une fois payée.

Bien que les anciennes Ordonnances assujettissent à l'Insinuation toutes les Donations généralement , on a toujours crû , que leur disposition n'avoit lieu à l'égard des Donations mobilières , que lorsqu'elles étoient universelles ; mais lorsque ces Donations sont particulières , ç'a toujours été un usage constant , confirmé par la Jurisprudence , de les exempter de l'Insinuation. M. Louet & son Commentateur (a) en rapportent divers Arrêts.

Néanmoins , comme le remarque fort bien Ricard , l'expérience nous fait voir tous les jours , qu'il y a tel Marchand qui ne possédant pas pour un sol d'héritages , ne laisse pas d'avoir crédit pour des sommes immenses , sur les meubles & sur l'argent qui lui appartiennent ; & cependant en conséquence de cette maxime générale , qu'il n'y a que les Donations universelles de meubles qui soient sujettes à l'Insinuation , ce Marchand pourroit valablement faire sans Insinuation une Donation de cent mille écus , qui demeureroit ainsi secrète , en fraude de ses héritiers & de ses créanciers , pourvu qu'elle ne portât pas le titre d'universalité ; ce qui seroit évidemment éluder l'intention de la Loi.

Pour éviter cet inconvénient , notre Or-

(a) Louet let. D. nomb. 24.

donnance n'a excepté de la règle générale de l'Insinuation à peine de nullité, que les Donations particulières de meubles qui n'excédroient pas la somme de 1000 liv. une fois payée, & celles où il y a Tradition réelle, quoiqu'elles fussent d'une plus grande somme : parce qu'en effet la raison qui a fait établir l'Insinuation, n'a eu pour objet que de prévenir les fraudes que peut causer la clandestinité des Donations, tant à l'égard des Créanciers que des héritiers du Donateur. Or on ne peut pas dire qu'une Donation de meubles qui contient une Tradition actuelle soit clandestine, & que des Créanciers aient postérieurement contracté avec le Donateur sur la foi de choses qu'il ne possédoit plus ; & par rapport aux Donations qui ne contiennent pas Tradition réelle, mais qui n'excèdent pas la somme de 1000 liv., l'objet est par lui-même trop modique pour avoir pu être une considération suffisante à exciter les créanciers postérieurs à contracter avec le Donateur.

Ce n'est pourtant pas que notre Ordonnance ait dispensé entièrement les Donations mobilières d'être insinuées dans les deux cas qui y sont spécifiés ; au contraire elle déroge, même en cela, à la Jurisprudence des Arrêts. Mais elle les affranchit seulement de la peine de nullité, attendu que dans ces deux cas le défaut d'Insinuation ne peut nuire, ni aux créanciers, ni aux héritiers du Donateur, comme nous venons de le remarquer.

ARTICLE XXIII.

Dans tous les cas où l'Insinuation est

nécessaire à peine de nullité , les Donations d'immeubles réels , ou de ceux qui , sans être réels , ont une assiette selon les Loix , Coutumes & Usages des lieux , & ne suivent pas la personne du Donateur , seront insinuées sous ladite peine de nullité , aux Greffes des Bailliages & Sénéchaussées Royales , ou autre Siège Royal , ressortissant nuement en nos Cours , tant du domicile du Donateur , que du lieu dans lequel les biens donnés sont situés & ont leur assiette ; & à l'égard des Donations de choses mobilières , même des immobilières qui n'ont point d'assiette & suivent la personne , l'Insinuation s'en fera seulement au Greffe du Bailliage ou Sénéchaussée Royale , ou autre Siège Royal ressortissant nuement en nos Cours , du domicile du Donateur. Défendons de faire aucunes Insinuations dans d'autres Jurisdictions Royales , ou dans les Justices

Seigneuriales , même dans celles des Pairies : & en cas que le Donateur y ait son domicile , ou que les biens donnés y soient situés , l'Insinuation sera faite au Greffe du Siège qui a la connoissance des cas Royaux dans le lieu dudit domicile ou de la situation des biens donnés , le tout à peine de nullité.

Dans tous les cas où l'Insinuation est nécessaire à peine de nullité , les Donations d'immeubles réels , ou de ceux qui , sans être réels , ont une assiette suivant les Loix , Coutumes ou usages des lieux & ne suivent pas la personne du Donateur.

Les biens qui , sans être immeubles réels , ont cependant une assiette selon les Loix , & ne suivent pas la personne du Donateur , sont les charges réelles des héritages , comme les rentes foncières , lesquelles retiennent la qualité , l'assiette & les propriétés des héritages qui en sont chargés.

Seront insinuées sous ladite peine de nullité , aux Greffes des Bailliages ou

Senéchaussées Royales , ou autre Siége Royal ressortissant nuement en nos Cours , tant du domicile du Donateur , que du lieu dans lequel les biens donnés sont situés & ont leur assiette.

L'Ordonnance de 1539. qui est la plus ancienne de toutes nos Loix , sur l'Insinuation , contient en substance , toutes les dispositions des Loix postérieures , sur les lieux où l'Insinuation doit être faite. *Nous voulons* , dit l'Article CXXXII. de cette Ordonnance , *que toutes donations . . . soient insinuées en nos Cours & Jurisdictions ordinaires des parties & des choses données , autrement seront réputées nulles.* Une des premières difficultés qui s'éleva sur l'interprétation de cette Ordonnance , fut de sçavoir, si l'Insinuation pouvoit être faite, aussi bien dans les Justices de Seigneurs , que dans les Justices Royales : la raison de douter étoit que l'Ordonnance portoit bien , *en nos Cours* , ce qui marque les Justices Royales ; mais qu'elle avoit ajouté ensuite , *& Jurisdictions ordinaires des parties & des choses données* , ce qui sembloit induire , que lorsque les choses données étoient dans l'étendue des Justices Seigneuriales , ou que les parties y faisoient leur domicile , on pouvoit insinuer dans ces Justices , qui étoient pour eux les *Jurisdictions ordinaires*.

Ces doutes ont été levés par la Déclaration de 1549. dont voici les termes. *Et en ce que ledit Article (CXXXII.) porte que les Donations seront insinuées en nos Cours & Jurisdictions des choses données , Nous entendons que ladite*

Insinuation se fasse , en la Jurisdiction Royale des lieux , où les choses données seront assises , sans préjudice toutefois des procès pendans & indécis , sur l'intelligence & l'interprétation de ladite Ordonnance.

Cette Déclaration , qui avoit pour objet de terminer une difficulté , donna naissance à un nouveau doute ; elle ne parloit de la nécessité de l'Insinuation , que *dans la Jurisdiction Royale des choses données* : c'est ce qui fit imaginer à quelques-uns , que cette Déclaration avoit voulu déroger en cela à l'Ordonnance de 1539. qui requiert l'Insinuation en la Jurisdiction ordinaire des parties , aussi bien que dans celle *des choses données*. Mais l'Ordonnance de Moulins a donné sur cette matière tous les éclaircissements possibles ; elle porte , Article LVIII. que *l'Insinuation sera faite ès Greffs de nos Sièges ordinaires, de l'assiette des choses données , & de la demeure des parties*. Ainsi on n'a plus douté , depuis ce tems-là , que l'Insinuation ne dût être faite aux Sièges Royaux , tant de la situation de la chose donnée , que du domicile des parties.

On croyoit par là , avoir prévenu jusqu'aux moindres semences de difficultés , sur les Jurisdictions où devoit être faite l'Insinuation. Cependant , il s'en est encore élevé sur cela de bien considérables. Il est dans le Royaume nombre de villes , où il y a deux Jurisdictions Royales , la Prévôté & le Bailliage : aucune Ordonnance ne décidoit en laquelle des deux il falloit insinuer. D'ailleurs , la qualité des personnes & des biens donnés , fournissoit encore matière à des différens continuel , d'autant que les Greffiers des Baillages

& Sénéchaussées , prétendoient devoir insinuer les Donations des nobles , ou faites aux nobles , & celles qui contenoient des terres & choses nobles ou féodales. Il a fallu , pour appaiser ce désordre qui jettoit tous les jours de plus profondes racines , une nouvelle Loi dont Louis XIII. est l'Auteur. C'est l'Ordonnance du 15. Décembre 1612. vérifiée au Parlement le 26 Juillet 1613. *Nous avons validé & validons , porte cette Ordonnance , toutes & chacunes les Insinuations des Contrats & dispositions sujettes à icelles par lesdites Ordonnances faites aux Sièges de nos Justices ordinaires , sans distinction du premier ou second degré de Jurisdiction , étant en même Ville , pourvu qu'elles soient faites aux Sièges de nos Justices établies aux lieux plus prochains de l'assiette des choses données , & du Domicile des parties , suivant lesdites Ordonnances ; confirmons , approuvons & autorisons , tous & chacuns les Contrats des Donations & autre disposition en quelque maniere que ce soit , faits jusqu'à ce jour insinués dans le tems porté par lesdites Ordonnances , en l'un ou en l'autre desdits Greffes des Prévôtés , ou Baillages ou Sénéchaussées ; voulons qu'ils sortent leur plein & entier effet , pourvu qu'ils ne soient débattus pour autre chose , que pour avoir été insinués en l'un desdits Greffes , nonobstant les Arrêts donnés au contraire , que nous ne voulons nuire aux parties. Voulons que dorénavant , du jour que ces présentes auront été luës & publiées aux Sièges desdites Justices , es Villes esquelles il y aura Siège de Prevôt , Chastelain , Vicomte , ou autre Jurisdiction inférieure & pareillement Siège de Baillage & Sénéchaussée , les Insinuations seront faites au Siège desdites*

Edits Bailliages & Sénéchaussées , & en ceux desdites Prévôtés indifféremment sans aucune distinction , & que les donations & autres dispositions ne pourront être débattues pour le défaut de ladite Insinuation , pourvu qu'elles aient été insinuées en l'un ou en l'autre desdits Greffes de Bailliages & Sénéchaussées ou Prévôtés étant en même Ville Et aux Villes où il n'y a que Prévôté & Chastellenie ou autre Justice ordinaire , seront les Insinuations faites aux Greffes d'icelles , sans qu'elles se puissent valablement faire aux Greffes des Bailliages & Sénéchaussées , où ressortissent les appellations desdites Prévôtés & Chastellenies , le tout sans préjudice des droits acquis aux parties par les jugements & Arrêts.

Les choses sont demeurées dans l'état , où les avoit mises l'Ordonnance de 1612. jusqu'au mois de Décembre 1703. qu'il plut au feu Roi de donner un Edit portant création de Greffiers des Insinuations. Par cet Edit , il ordonna que toutes Donations entre-vifs , soit de meubles ou immeubles , seroient insinuées sur le Registre des Greffiers des Insinuations laïques créés par le même Edit dans les tems & sous les peines portées par les anciennes Ordonnances. Cet Edit fut suivi d'une Déclaration donnée le 19. Juillet 1704. qui accorda à ceux qui avoient acquis les Offices de Greffiers des Insinuations laïques , la faculté de commettre à l'exercice d'iceux dans le ressort du Siège de leur établissement.

Ces nouveaux Greffiers ne tardèrent pas long-tems à abuser de cette Déclaration ; ils ne se contentèrent point de commettre dans les Sièges Royaux de leur ressort ; mais pour multiplier

multiplier les émolumens , ils commirent aussi dans les Justices des Seigneurs. Comme cet abus étoit positivement proscrit par les anciennes Ordonnances , il fallut une Déclaration dérogatoire, que le feu Roi voulut bien donner en leur faveur le 30 Novembre 1717 , par laquelle il déclara , que toutes Insinuations qui avoient été faites jusqu'alors & celles qui seroient faites dans la suite aux Bureaux établis dans les Justices des Seigneurs particuliers , seroient aussi valables que si elles avoient été faites dans les Justices Royales.

Dans la suite on reconnut les inconvéniens auxquels donnoit lieu cette liberté d'insinuer les Donations dans toutes sortes de Jurisdiccions. C'est pourquoi on jugea à propos non-seulement de rappeler à cet égard les dispositions des anciens réglemens , mais même de restreindre encore la faculté qu'ils accordent d'insinuer aux Jurisdiccions Royales subalternes. Aussi notre Ordonnance dérogeant aux anciennes & sur-tout à celle de 1612. quant à ce , veut que dorénavant l'Insinuation ne soit faite qu'aux Greffes des Bailliages & Senéchaussées Royales , ou autre Siège Royal ressortissant nuement aux Cours Souveraines. La Déclaration rendue sur cette Ordonnance le 17 Février 1731. a changé quelque chose à cette disposition : en ce qu'aux termes de l'Article premier de cette Déclaration , ce n'est plus au Greffe des Bailliage & Senéchaussée que doit être faite l'Insinuation , c'est aux Bureaux établis pour la perception des droits d'Insinuations près les Bailliages & Senéchaussées Royales ou autre Siège Royal, ressortissant nuement aux Cours Souveraines.

Et à l'égard des Donations de choses mobilières , même des immobilières qui n'ont point d'affiette & suivent la personne.

Les choses immobilières qui suivent la personne , sont , par exemple , les rentes constituées qui , dans les Coutumes même où elles sont regardées comme immeubles , suivent la personne du créancier , & non les choses sur lesquelles elles pourroient être hypothéquées , même spécialement , suivant la Jurisprudence des derniers Arrêts. C'est pour cela que ces sortes de rentes , non plus que le mobilier , n'étoient point assujetties , même avant l'Ordonnance , à être insinuées autre part qu'en la Justice Royale du domicile du Donateur. Ainsi jugé par Arrêt rendu en la Chambre de l'Edit de l'année 1606. (a)

L'Insinuation s'en fera seulement au Greffe du Bailliage , ou Senéchaussée , ou autre Siège Royal ressortissant seulement en nos Cours du domicile du Donateur.

L'Ordonnance assujettit les Donations immobilières en général , à être insinuées , non-seulement au Bailliage Royal du domicile du Donateur , mais encore en celui de l'affiette des choses données , & à l'égard des Dona-

(a) Le Prêtre Cent. première Chap. 44.

tions mobilières , elle se contente qu'elles soient insinuées au lieu du domicile du Donateur. La raison de disparité est sensible , & elle est puisée dans la différence qu'il y a entre les choses immobilières & les mobilières. Les choses immobilières ont généralement parlant par elles-mêmes, une assiette qui peut ne pas se rencontrer dans le lieu du domicile du Donateur. Ainsi comme l'Insinuation n'a d'autre effet que de rendre publiques les Donations , il a bien fallu dans ce cas ordonner une double Insinuation, afin d'augmenter, par-là, la publicité de l'Acte. Mais à l'égard des meubles , comme ils n'ont point d'assiette particulière & qu'ils suivent dans nos maximes , le domicile de celui qui les possède , il suffit , pour en rendre la Donation valable & authentique , d'insinuer au Bailliage du domicile du Donateur.

Défendons de faire aucunes Insinuations dans d'autres Jurisdictions Royales , ou dans les Justices Seigneuriales.

Cette défense est une dérogation expresse à la Déclaration du 30 Novembre 1717. qui avoit déclaré valables les Insinuations faites & à faire aux Justices Seigneuriales.

Même dans celles des Duchés Pairies.

Peut-être auroit-on pu croire que les Duchés Pairies , à cause de leur prééminence & dignités , n'étoient point compris dans la défense concernant les Justices Seigneuriales , s'il n'y avoit été statué nommément ; &

ce , avec d'autant plus de fondement , que les Duchés-Pairies , ressortissant nuement aux Cours Souveraines , semblent être assimilés aux Bailliages & Senéchauffées Royales. Cette opinion avoit des Partisans même avant la Déclaration du 30 Novembre 1717. & dans le tems que l'Ordonnance de 1612. étoit en pleine vigueur. Cependant elle avoit été proscrite par deux Arrêts ; l'un est du 16 Avril 1615. fort prochain de cette Ordonnance ; il a été mis au nombre des Arrêtés de la cinquième Chambre des Enquêtes. Auzanet en rapporte un autre rendu en la même Chambre sur un Procès dans lequel il dit avoir écrit en 1664.

Et en cas que le Donateur y ait son domicile , ou que les biens donnés y soient situés , l'Insinuation sera faite au Greffe du Siège qui a la connoissance des cas Royaux , dans le lieu du dit domicile , ou de la situation des biens donnés , le tout à peine de nullité.

Cette disposition est infiniment claire & prévient toute difficulté. Il ne s'agit plus que de sçavoir quels sont en général les cas Royaux , & quels Juges en ont la connoissance.

Les cas Royaux sont les crimes qui donnent directement atteinte à l'autorité Royale , & qui offensent la personne du Roi comme Roi : le dénombrement en est fait dans l'Article II. du Titre premier de l'Ordonnan-

ce criminelle de 1670. On peut y avoir recours, si l'on veut en avoir une connoissance plus étendue : mais ce détail seroit ici superflu.

La connoissance des cas Royaux est attribuée aux Baillifs, Senéchaux & Juges Présidiaux, privativement aux autres Juges Royaux & à ceux des Seigneurs.

ARTICLE XXIV.

Sera tenu à l'avenir dans chaque Bailliage ou Senéchaussée Royale, un Registre particulier, qui sera cotté & paraphé à chaque feuillet par le premier Officier du Siège, & arrêté à la fin de chaque année par ledit Officier, dans lequel Registre sera transcrit entier l'Acte de Donation, si elle est faite par un Acte séparé, sinon la partie de l'Acte qui contiendra la Donation, ses charges ou conditions sans en rien omettre ; à l'effet de quoi la grosse ou expédition dudit Acte seront représentées, sans qu'il soit nécessaire de rapporter la minute.

Sera tenu à l'avenir dans chaque Bailliage ou Senéchaussée Royale un Registre particulier qui sera cotté & paraphé à chaque feuillet par le premier Officier du Siège.

Le Roi François I. dans l'Ordonnance de 1539. en établissant l'Insinuation, a en même tems marqué la forme dans laquelle elle devoit être faite. Car l'Article CXXXII. de cette Ordonnance porte non-seulement, que les Donations seront *insinuées*, mais incontinent après, il est ajouté, & *enregistrées*. En conséquence, il se tenoit dans chaque Greffe un registre qui n'étoit destiné à autre usage, qu'à rediger les Insinuations. Et même le Parlement a donné, pour le maintien de cet usage, un Arrêt bien solennel en la Grand'Chambre le Mardi 29 Février 1656. Il a jugé par cet Arrêt, qu'une Insinuation faite au Siège de Pontoise en une feuille volante & non dans un registre, n'étoit pas valable; & a fait défenses, par forme de règlement, au Juge de Pontoise, de souffrir de telles Insinuations, lui enjoignant de faire dorénavant insinuer les Donations dans le registre des Insinuations, sous peine d'interdiction, & de répondre des dommages & intérêts des parties. L'Auteur des Notes sur Ricard, (a) dit à ce sujet, qu'il seroit très à propos, à cause des inconvénients, que les Registres fussent cottés & paraphés par le Juge. Cependant avant notre

(a) Notes sur Ricard des Donations p. 1. Chap. 4. sect. 3.

Ordonnance , nous ne trouvons aucune Loi ni même aucun Règlement dans la Jurisprudence , qui ait prescrit ce dernier point. C'est pourquoi l'Article que nous interprétons , ne se contente pas d'ordonner , qu'il sera tenu un Registre particulier pour insinuer les Donations , mais encore , afin de prévenir toutes les fraudes qui pourroient se commettre dans ce Registre , il prend les mêmes précautions , que l'Article VIII. du titre 20. de l'Ordonnance de 1667. par rapport aux Registres des baptêmes , mariages & sépultures , en exigeant que ce Registre des Insinuations soit cotté & paraphé par le Juge , comme l'Ordonnance de 1667. l'exige pour les Registres des baptêmes , mariages & sépultures.

La Déclaration rendue sur notre Ordonnance le 17 Février 1731. a fait quelques additions en ce point. Il paroît , en consultant les termes de l'Ordonnance , que l'intention du Législateur , étoit que l'Insinuation fut faite au Greffe des Bailliages & Sénéchaussées , par le ministère du Greffier. Mais le Prince ayant depuis jugé à propos de donner à ferme les droits d'Insinuations , a établi auprès de chaque Bailliage & Sénéchaussée Royale , des Bureaux à cet effet. Néanmoins l'Insinuation est un Acte public , qui par conséquent ne peut être fait que par un Officier public. Or les Commis de ces Bureaux , n'ayant point , comme les Greffiers , un caractère public , sembloient ne pouvoir valablement faire un Acte aussi authentique qu'est l'Insinuation. Il a donc fallu commencer par leur imprimer un caractère. Et c'est à quoi a pourvû l'Ar-

Article II. de la Déclaration, en ordonnant, que ces Commis seroient tenus de prêter serment pardevant le Juge. La Déclaration leur prescrit directement la même chose que l'Ordonnance prescrivoit aux Greffiers. Et cette Déclaration ajoute à l'Ordonnance, en ce qu'elle accorde au Juge, un droit pour le paraphe que l'Ordonnance ne lui donnoit pas. Voici les termes de cet Article II. de la Déclaration. *Voulons qu'à commencer au premier Juillet prochain, les Commis établis dans chacun desdits Bureaux, lesquels seront tenus de prêter serment pardevant le Lieutenant Général des Sièges ci dessus nommés, tiennent un Registre séparé, cotté & paraphé par ledit Lieutenant Général, ou par le premier ou plus ancien Officier du Siège en son absence ... pour le paraphe desquels Registres, il sera pris 10 sols pour ceux de cinquante feuillets, 20 sols pour ceux de cent feuillets, & 3 liv. pour ceux qui contiendront plus de cent feuillets.*

Clos & arrêté à la fin de chaque année par ledit Officier.

On ne peut mieux faire sentir la conformité qu'il y a sur ce point entre la Déclaration & l'Ordonnance, qu'en rapportant les propres termes de l'Article IV. de cette Déclaration. *Lesdits Registres, y est-il dit, seront clos & arrêtés à la fin de chaque année, par le Lieutenant Général, ou le premier ou plus ancien Officier du Siège en son absence. Et comme il étoit nécessaire, que les Registres des Insinuations fussent gardés dans un dépôt plus sûr*

sûr que les Bureaux , le même Article ajoute : & quatre mois après , seront mis au Greffe de la Jurisdiction , à quoi faire lesdits Commis seront contraints par corps , à la diligence des Substituts de nos Procureurs Généraux ; & sera dressé procès verbal , par le Lieutenant Général ou par le premier ou plus ancien Officier du Siège , de l'état desdits Registres , au bas duquel , le Greffier de la Jurisdiction s'en chargera , pour en donner communication toutefois & quantes , même en fournir des extraits gratis à nos Fermiers ou à leurs Commis , en leur remboursant les frais du papier timbré seulement , à peine de 100. liv. d'amende , qui sera encourue sur le simple procès verbal desdits Commis.

A R T I C L E X X V .

Le Dépositaire dudit Registre sera tenu d'en donner communication toutes les fois qu'il en sera requis , & sans ordonnance de Justice , même d'en délivrer un extrait signé de lui ; si les parties le demandent ; le tout , sauf son salaire raisonnable , ainsi qu'il est réglé par notre Déclaration du 17 du présent mois.

Le Dépositaire dudit Registre sera tenu
L

d'en donner communication toutes les fois qu'il en sera requis & sans ordonnance de Justice , même d'en délivrer un extrait signé de lui , si les parties le demandent.

La Déclaration du 17 Février 1731. explique ce terme de *Dépositaire*. Pendant l'année du Registre de l'Insinuation , & même pendant les quatre mois depuis la clôture du Registre , ce sont les Commis des Bureaux qui en sont les dépositaires, & par conséquent c'est à eux à en donner les communications requises. Mais comme après les quatre mois de la clôture du Registre, les Commis sont obligés de les remettre au Greffe , ainsi que nous l'avons observé , c'est au Greffier alors à donner ces communications. Ceci présumé , il est facile de concilier l'Article III. de la Déclaration avec l'Article V. qui le suit. Dans le premier cas , c'est-à-dire pendant l'année du Registre , & même dans les quatre mois de la clôture , l'Article III. veut , que les Commis soient tenus de communiquer lesdits Registres sans déplacer , à tous ceux qui le demanderont , & de fournir des extraits ou expéditions en papier , suivant qu'ils en seront requis , des Actes y insérés. Et dans le second cas , c'est-à-dire , après les quatre mois de la clôture , l'Article V. de la Déclaration ordonne , que les Greffiers seront pareillement tenus de communiquer lesdits Registres , sans déplacer , à tous ceux qui le demanderont , & de fournir des extraits ou expéditions aussi en papier , suivant qu'ils en seront requis , des Actes y insérés. Ce sont les propres termes des deux

Articles de la Déclaration , qui contiennent exactement les mêmes injonctions , que l'Article présent de notre Ordonnance.

Sauf son salaire raisonnable , & ainsi qu'il est réglé par notre Déclaration du 17 du présent mois.

C'est l'Article III. déjà cité , qui contient ce Règlement. *Ne sera pris , porte cet Article , que 10 sols pour le droit de recherche dans chaque Registre , & pareille somme pour chaque extrait délivré ; & en cas que les Commis fussent requis de délivrer des expéditions entières des Actes enregistrés, il leur sera payé par rolle de Grosse, le même droit qui se paye pour les expéditions en papier , au Greffe du Siège près lequel ils sont établis. Et dans le cas , où ce sont les Greffiers qui doivent délivrer ces extraits ou expéditions, l'Article V. de la même Déclaration leur défend, de prendre pour raison de ce , d'autres droits que ceux qui sont attribués aux Commis , par l'Article III. ci-dessus rapporté.*

A R T I C L E X X V I.

Lorsque l'Insinuation aura été faite dans les délais portés par les Ordonnances , même après le décès du Donateur ou du Donataire , la Donation aura son effet du jour de sa datte à l'égard de tou-

tes sortes de personnes. Pourra néanmoins être insinuée après lesdits délais , même après le décès du Donataire , pourvû que le Donateur soit encore vivant , mais elle n'aura effet en ce cas que du jour de l'Insinuation.

Lorsque l'Insinuation aura été faite dans les délais portés par les Ordonnances.

Ces délais sont marqués dans l'Article LVIII. de l'Ordonnance de Moulins, qui porte que l'Insinuation sera faite *dans quatre mois, à compter du jour & datte d'icelles Donations, pour le regard des biens & personnes de ceux qui sont demeurant dans notredit Royaume , & dans six mois , pour ceux qui sont hors de notre Royaume.*

Même après le décès du Donateur ou du Donataire.

Notre Ordonnance ne fait que renouveler dans cette disposition , celle du même Article LVIII. de l'Ordonnance de Moulins qui , après avoir ordonné l'Insinuation dans 4 mois , à l'égard des personnes & biens qui sont dans le Royaume , & dans 6 mois à l'égard des autres , ajoute incontinent : *Et si dans ledit tems , le Donnant ou Donataire décédoit , pourra néanmoins l'Insinuation être faite dans ledit tems , à compter du jour dudit Contrat comme dessus.*

La Donation aura son effet du jour de sa date , à l'égard de toutes sortes de personnes.

C'est une vérité depuis long-tems reconnue dans la Jurisprudence , que lorsque l'Insinuation est faite dans les quatrième ou sixième mois de l'Ordonnance , elle est censée accomplie au même instant que le Contrat , & a un effet rétroactif , au jour que la Donation a été passée , pour faire que les créanciers intermédiaires du Donateur , n'ayent aucun droit sur la chose donnée. M. Louet fait mention d'un Arrêt rendu en la Chambre de l'Edit , au rapport de M. Catinat au Procès d'Ordre du Comté de Tonnerre , qui l'a jugé ainsi.

Pourra néanmoins être insinué après lesdits délais , pourvu que le Donateur soit encore vivant.

C'étoit aussi une maxime qui passoit pour constante parmi nous , que , si le Donateur étoit encore vivant , après que les délais de l'Ordonnance étoient expirés , la Donation pouvoit encore être valablement insinuée. Le Parlement l'a ainsi jugé par un premier Arrêt donné au rapport de M. le Grand le 8 Mars 1578 , le Procès ayant été parti en la cinquième Chambre des Enquêtes & départi en la première. Il est ensuite intervenu un Arrêt semblable en la cinquième Chambre des Enquêtes

au rapport de M. Louet , & ces deux Arrêts ont été suivis de plusieurs autres. Ricard en rapporte le motif, qui est extrêmement sensible. (a) « C'est, dit-il , que le Donateur ne » pouvant pas débattre la Donation , sous » prétexte du défaut d'Insinuation, elle subsiste toujours tant qu'il est vivant , & rien » n'empêche , que cette solennité extrinsèque n'y soit ajoutée à l'égard des créanciers » postérieurs à l'Insinuation , & des héritiers , » lesquels n'ayant encore aucun intérêt acquis, » n'ont aussi aucun droit de la contredire; & il » suffit, pour ce qui les concerne , qu'elle se » trouve faite auparavant qu'ils puissent y être » intéressés. »

Même après le décès du Donataire.

C'étoit autrefois une grande question de sçavoir , si l'Insinuation pouvoit se faire hors les quatre mois , mais après le décès du Donataire , pourvu que le Donateur fut vivant. Ricard (b) s'est déclaré pour la négative , sur le fondement d'un Arrêt donné en la cinquième Chambre des Enquêtes , au rapport de M. d'Espinoï le 17 Avril 1660. par lequel il a été jugé , que l'Insinuation faite par les héritiers du Donataire après sa mort , en présence même de la Donatrice , ne pouvoit être d'aucun effet.

Notre Ordonnance au contraire a décidé pour l'affirmative , & sa décision paroît beau-

(a) Ricard des Donations part. I. Chap. 4. sect. 3. n. 1258.

(b) Ricard Ibid. n. 1275.

coup plus conforme à l'esprit de la Loi introductive de l'Insinuation. Car enfin le Législateur en établissant cette formalité, n'a eu d'autre motif que de rendre publiques les Donations, tant en vûe des créanciers qui pourroient contracter postérieurement avec le Donateur, que de ses héritiers. Et qu'importe à ces créanciers & héritiers du Donateur, que l'Insinuation soit faite du vivant du Donataire qui est pour eux une personne étrangère, ou après son décès? En sont-ils moins suffisamment avertis de prendre leurs précautions, & de se tenir sur leurs gardes, par une Insinuation faite après la mort du Donataire, que si elle avoit été faite de son vivant? Non, sans doute. La circonstance de la vie ou de la mort du Donataire, lors de l'Insinuation, est pour eux une circonstance indifférente, pourvû que le Donateur fût encore vivant dans ce tems-là.

Mais elle n'aura effet en ce cas que du jour de l'Insinuation.

Lorsque l'Insinuation n'est faite qu'après les délais de l'Ordonnance, on a toujours pensé, que les créanciers qui ont contracté dans l'intervalle du Contrat de Donation & de l'Insinuation, ont droit & hypoteque sur les choses données, comme s'il n'y avoit point eu de Donation; laquelle ne commence à avoir d'effet, à leur égard, que du jour de l'Insinuation. Cette opinion avoit pour fondement, avant notre Ordonnance, plusieurs Arrêts, & un entr'autres, prononcé solennellement en Robbes rouges à Pâques de l'année 1595.

par lequel il a été jugé, qu'une femme Donataire de son mari par leur Contrat de mariage, de l'usufruit d'une maison, étoit mal fondée à s'opposer, afin de distraire cet usufruit, aux criées de la maison poursuivie à la Requête d'un créancier qui avoit contracté avec le mari, dans l'intervalle qui s'étoit écoulé entre la Donation & l'Insinuation faite après le tems de l'Ordonnance; & cela, quoique le créancier eût été présent au Contrat de mariage qui contenoit la Donation.

ARTICLE XXVII.

Le défaut d'Insinuation des Donations qui y sont sujettes à peine de nullité, pourra être opposé, tant par les tiers Acquéreurs & Créanciers du Donateur, que par ses Héritiers, Donataires postérieurs, ou Légataires, & généralement par tous ceux qui y auront intérêt, autres néanmoins que le Donateur; & la disposition du présent Article aura lieu, encore que le Donateur se fut chargé expressément de faire insinuer la Donation, à peine de tous dépens, dommages & intérêts;

laquelle clause sera regardée comme nulle & de nul effet.

Le défaut d'Insinuation des Donations qui y sont sujettes , à peine de nullité , pourra être opposé tant par les tiers Acquéreurs & Créanciers du Donateur , que par les Héritiers , Donataires postérieurs , ou Légataires.

Dès 1566 l'Ordonnance de Moulins, Article LVIII. avoit décidé bien nettement , qu'à faute de ladite Insinuation , seroient & demeureroient les Donations nulles , & de nul effet & valeur , tant pour le regard du créancier , que de l'héritier du Donnant : c'en sont les propres termes. Quelque peu équivoque que fut cette disposition , elle ne fut pourtant pas également observée dans tous les Parlemens du Royaume. Celui de Paris en a toujours maintenu par ses Arrêts la pleine & entière exécution , tant à l'égard de l'héritier que des créanciers du Donateur. Mais l'usage du Parlement de Toulouse a toujours été de ne point recevoir les héritiers du Donateur à arguer une Donation de nullité par le défaut d'Insinuation. Car par un Acte de Notoriété de ce Parlement du 15 Juillet 1675. signé du Greffier en chef , il est dit , « Qu'encore » que par l'Article LVIII. de l'Ordonnance » de Moulins , il soit porté que les Donations » entre-vifs doivent être insinuées , tant à l'égard des héritiers , que des créanciers du

» Donateur , néanmoins l'usage constant du
 » Parlement de Toulouse, est que l'Insinua-
 » tion n'est nécessaire que contre les créan-
 » ciers du Donateur. Ainsi à l'égard du Do-
 » nateur & de ses héritiers , ou autres per-
 » sonnes qui tiennent à titre lucratif du chef
 » dudit Donateur , elle est inutile. »

On peut y joindre encore un certificat de MM. les Gens du Roi du même Parlement du 7 Août 1675. & un Acte de Notoriété de la Viguerie de Toulouse du 8 Juillet 1675. qui prouvent la même chose. Voyez d'ailleurs MM. de la Rocheffavin , Mainard , de Cambolas , d'Olive , (a) dont l'examen nous jetteroit dans un trop long détail.

Il paroît que le Parlement de Bordeaux avoit adopté le même usage , suivant un certificat des Gens du Roi de ce Parlement , dont l'Auteur des Nottes sur Ricard fait mention. (b)

Notre Ordonnance , en abolissant cet usage , a ramené les Parlemens qui l'avoient suivi , à l'unité des principes , & à l'esprit de l'Ordonnance de Moulins. Elle y a même ajouté , en ce qu'elle a joint aux créanciers & aux héritiers , les Donataires postérieurs & les Légataires , conformément à un Arrêt du Parlement de Provence du 20 Juin 1673. (c) qui a jugé , qu'un second Donataire pouvoit débattre la Donation faite avant la sienne , à

(a) La Rocheffavin *liv. 6. tit. 40. Article XIII.*

Mainard *liv. 2. Ch. 54. 57. & 60. & liv. 7. Ch. 97.*

De Cambolas *liv. 6. Chap. 3.*

D'Olive *questions notables de droit liv. 4. Chap. 4.*

(b) Ricard des Donations part. I. Chap. 3. sect. 3. n.

1257.

(c) Suite de Boniface Tom 2. pag. 353.

cause du défaut d'Insinuation , bien qu'on alléguât qu'il n'étoit créancier qu'à titre lucratif , & qu'il avoit eu la liberté de ne pas accepter la Donation.

*Et généralement par tous ceux qui y
auront intérêts*

Ricard , dans une Note posthume qui se trouve à la fin de la glose 7. sect. 3. Chapitre 4. part. I. de son Traité des Donations , se demande à lui-même , si une femme , acceptant la communauté , peut alléguer le défaut d'Insinuation , dans une Donation faite par son mari pendant la communauté , pour empêcher que cette Donation n'ait effet à son égard pour sa moitié , quoiqu'elle ne soit ni héritière ni créancière du Donateur ? Et il décide qu'elle le peut , par la seule raison , qu'il suffit que la Donation lui porte préjudice ; *encore* , dit-il , *que la Donation soit faite à personne capable & sans fraude.*

Basnage cependant , (a) rapporte un Arrêt du Parlement de Rouen du 27 Mai 1609. qui a jugé , que le fisc ne pouvoit pas alléguer le défaut d'Insinuation , n'étant ni héritier ni créancier ; quoiqu'il eut un grand intérêt à faire tomber la Donation.

Autres néanmoins que le Donateur.

La raison pour laquelle le défaut d'Insinua-

(a) Basnage sur l'Article CCCXLVIII. de la Coutume de Normandie.

tion ne regarde point le Donateur , & qui empêche ce Donateur d'être partie capable , pour contester la Donation sous ce prétexte , est que cette formalité n'est qu'extrinseque , & que le Donateur est valablement obligé envers le Donataire , aussi-tôt que sa libéralité est acceptée ; ainsi l'Insinuation lui étant étrangere , & n'ayant été introduite que pour rendre la Donation publique & la faire venir à la connoissance de tout le monde , il ne peut s'en prévaloir , & prétendre avoir ignoré un Acte qu'il a passé lui-même. On a toujours pensé , conformément à ces principes , surtout depuis l'Ordonnance de Moulins , qui , en n'accordant qu'aux héritiers du Donateur & à ses créanciers , le privilège d'opposer le défaut d'Insinuation , en a exclu le Donateur lui-même , d'une maniere bien expresse , quoique tacite.

Et la disposition du présent Article aura lieu , encore que le Donateur se fut chargé expressément de faire insinuer la Donation , à peine de tous dépens , dommages & intérêts ; laquelle clause sera regardée comme nulle & de nul effet.

Rien n'est plus sage que cette disposition. Car l'Insinuation étant absolument étrangere au Donateur , il ne doit jamais conséquemment en être tenu , quand bien même , il s'y feroit obligé spécialement. Il lui suffit de s'être dessaisi de son bien , sans être engagé à rien de plus. C'est au Donataire qui profite de la

libéralité , à remplir ensuite toutes les formalités nécessaires , pour rendre l'Acte parfait & valable vis-à-vis toutes sortes de personnes.

ARTICLE XXVIII.

Le défaut d'Insinuation pourra pareillement être opposé à la femme commune en biens , ou séparée d'avec son mari & à ses héritiers pour toutes les Donations faites à son profit , même à titre de Dot , & ce , dans tous les cas où l'Insinuation est nécessaire , à peine de nullité ; sauf à elle ou à ses héritiers d'exercer leur recours s'il y échet , contre le mari ou ses héritiers , sans que , sous prétexte de leur insolvabilité , la Donation puisse être confirmée en aucun cas , nonobstant le défaut d'Insinuation.

Le défaut d'Insinuation pourra pareillement être opposé à la femme commune en biens , ou séparée d'avec son mari & à ses héritiers pour toutes les

Donations faites à son profit , même à titre de Dot.

L'obligation d'insinuer les Donations , est générale , & comprend toutes sortes de personnes. Nul n'en est dispensé , & quelque favorable que soit son état , & l'impuissance où il se trouve , on n'y a aucun égard dans ce cas-ci , parce que l'Insinuation a pour but , l'intérêt des tiers , dont la sûreté ne doit pas dépendre de l'état des personnes , ni de l'incertitude des événemens.

Et ce , dans tous les cas où l'Insinuation est nécessaire , à peine de nullité.

Les cas où l'Insinuation n'est pas nécessaire à peine de nullité , sont détaillés dans les Articles XXI. & XXII. ci-dessus expliqués. Ce sont les Dons mobiles , Augmens , Contr'augmens , Engagemens , Droit de rétention , Agencemens , Gains de nôces & de survie , dans les Pays où ils sont en usage ; comme aussi les Donations mobilières , quand il y a Tradition réelle , ou quand elles n'excedent pas la somme de mille livres une fois payée.

Sauf à elle ou ses héritiers d'exercer leurs recours , s'il y échet , contre le mari ou ses héritiers.

Tant que le mariage dure , la femme est ,

suivant notre usage , *in sacris mariti*. Le mari est absolument le maître de la communauté , & elle ne peut accepter aucune Donation sans son autorité. Ainsi , lorsque le mari ne fait pas insinuer dans le tems prescrit une Donation qui est faite à sa femme , comme il n'est pas juste que la femme souffre de la faute du mari , il est de l'équité qu'il soit responsable de la perte , que ce défaut d'Insinuation a pu causer à sa femme : & après sa mort , ses héritiers , comme le représentant , sont tenus des mêmes obligations.

Sans que , sous prétexte de leur insolvabilité , la Donation puisse être confirmée en aucun cas , nonobstant le défaut d'Insinuation.

Le défaut d'Insinuation , est suivant notre Ordonnance , une nullité absolue & non relative ; par conséquent , elle ne se peut couvrir par aucunes circonstances , quelques favorables qu'elles puissent être. En effet , l'insinuation a pour but la conservation des droits de plusieurs personnes , sçavoir , des héritiers & des créanciers du Donateur ; & comme dans une Donation faite à une femme , l'insolvabilité du mari ou de ses héritiers , ne diminue ni ne change rien dans l'intérêt qu'ont les créanciers & les héritiers du Donateur d'être instruits , de cette Donation , c'est pour cela , que l'Ordonnance n'a rien changé , non plus , à la peine de nullité qu'elle a ci-devant attachée au défaut d'Insinuation , dans le cas même , où la femme Donataire ne pourroit

avoir aucun recours contre son mari , ou contre ses héritiers , à cause de leur insolvabilité.

ARTICLE XXXI.

N'entendons néanmoins qu'en aucun cas ledit recours puisse avoir lieu , quand il s'agira de Donations faites à la femme pour lui tenir lieu de bien Paraphernal , si ce n'est seulement lorsque le mari aura eu la jouissance de cette nature de bien , du consentement exprès ou tacite de la femme.

N'entendons néanmoins qu'en aucun cas ledit recours puisse avoir lieu , quand il s'agira de Donations faites à la femme pour lui tenir lieu de bien Paraphernal.

Cette disposition ne peut avoir lieu , que dans le Pays de Droit écrit. Car dans nos Provinces Coutumieres , tout le bien que possède la femme , & qui lui advient par succession , Donation , legs ou autrement , lui tient lieu de Dot , & par conséquent la jouissance en appartient au mari pendant le mariage , pour en soutenir le poids & les dépenses.

Mais en Pays de Droit écrit , la femme
peut

peut ne se constituer en Dot , qu'une partie de son bien , & retenir la jouissance & la propriété de l'autre partie , sous le titre de *bien Paraphernal*. Et par une suite nécessaire , rien n'empêche dans ces Provinces , qu'on ne puisse donner à la femme , à condition que le bien donné lui tiendra lieu de *bien Paraphernal*. Or comme la femme a la jouissance & la propriété de cette espèce de biens , c'est à elle à veiller à leur conservation , en faisant insinuer la Donation dans le tems prescrit , & le mari qui n'y a rien , ni dans la propriété , ni dans l'usufruit , n'est non plus tenu de rien à cet égard.

Si ce n'est lorsque le mari a eu la jouissance de cette espèce de bien du consentement exprès ou tacite de la femme.

Les *biens Paraphernaux* dont le mari a la jouissance , ne sont *Paraphernaux* que de nom , mais en effet , ils équivalent aux *biens dotaux*. Or le mari est tenu de faire insinuer les Donations qui doivent faire partie desdits *biens dotaux* de la femme , & ce en qualité d'administrateur. Par conséquent , lorsque le mari a l'administration & la jouissance des *biens Paraphernaux* de sa femme , comme il a celle des *biens dotaux* , il doit être tenu du même engagement.

A R T I C L E X X X.

Le Mari ni ses Héritiers ou ayant

M

*cause ne pourront en aucun cas ,
 & quand même il s'agiroit de Do-
 nation faite par d'autres que par
 le mari , opposer le défaut d'Insi-
 nuation à la femme commune ou sé-
 parée ou à ses héritiers ou ayant
 cause , si ce n'est que ladite Do-
 nation eut été faite pour tenir lieu
 à la femme de bien Paraphernal ,
 & qu'elle en eut eu la libre jouis-
 sance & administration.*

*Le Mari ni ses Héritiers ou ayant cau-
 se ne pourront en aucun cas opposer
 le défaut d'Insinuation à la femme
 commune.*

Par rapport au mari , on n'a jamais douté , qu'il ne fut non recevable à opposer à la femme commune , le défaut d'Insinuation , qui est de son propre fait. Mais à l'égard des héritiers , la question a fait plus de difficulté. La raison de douter , étoit , que les anciennes Ordonnances ayant déclaré nulles les Donations non insinuées à l'égard de l'héritier du Donateur , elles avoient donné par là à cet héritier une action personnelle qui lui appartenait de son chef , pour opposer au Donataire , quel qu'il fût , le défaut d'Insinuation ; sans qu'on pût induire contre lui une fin de non

recevoir, tiré de sa qualité particulière d'héritier du mari.

Mais selon Ricard, (a) il faut distinguer en ce cas dans la personne du mari deux qualités, celle de *mari*, & celle de *Donateur*. Il est vrai, que les héritiers en tant que successeurs du mari comme *Donateur*, ne sont point tenus de la garantie du défaut d'Insinuation; attendu qu'à cet égard, c'étoit au Donataire à en faire les diligences. Mais comme successeur du mari, en tant que *mari*, ils sont tenus de cette garantie, parce que c'étoit au défunt, à avoir soin que la Donation fut parfaite. Il étoit le maître; il avoit la direction des actions de sa femme; il étoit donc de sa diligence de faire faire l'Insinuation. C'est pourquoi ne l'ayant pas fait, la succession en est demeurée garante, & par conséquent tenue des dommages & intérêts, qui ne peuvent pas monter à moins, qu'au contenu en la Donation. D'où il suit, que les héritiers du mari, en tant que *mari*, sont non recevables à la contester, suivant ce principe, que celui-là agit inutilement, qui se trouve garand de l'action qu'il a intentée; c'est à ce qu'il paroît sur ce fondement, qu'est établie la fin de non recevoir prononcée dans notre Article, contre le mari & ses héritiers, ou ayans cause, en faveur de la femme commune.

Ou séparée.

Les Auteurs qui ont admis la fin de non-

(a) Ricard des Donations part. I. Chap. 4. sect. 3. Glof. 7. n. 1242.

recevoir en faveur de la femme commune , n'ont point crû que la femme séparée méritât la même faveur. M. Louet ^(a) dit avoir vû juger , que la femme séparée de biens avec son mari , n'est pas dispensée de faire insinuer la Donation. Et de même Ricard ^(b) dénie formellement cette fin de non-recevoir , aux femmes séparées , attendu , dit-il , que la séparation autorise suffisamment la femme , pour faire insinuer les Donations qui lui sont faites , sans qu'elle ait besoin de l'autorité de son mari pour cet effet.

Cependant notre Ordonnance a pris le parti contraire , & a accordé cette fin de non-recevoir aussi bien à la femme séparée , qu'à la femme commune. Et en effet on juge tous les jours , que la femme séparée , n'est pas plus en état d'agir , & de s'obliger sans l'autorité de son mari , que si elle n'étoit point séparée.

Si ce n'est que ladite Donation eut été faite pour tenir lieu à la femme de bien Paraphernal , & qu'elle en eût eu la libre jouissance & administration.

Comme en Pays de Droit écrit , les femmes sont absolument les maîtresses de leurs biens Paraphernaux , c'est à elles à faire insinuer les Donations qui leur sont faites , pour

^(a) Louet lettre I. nomb. 1.

^(b) Ricard des Donations part I. Chap. 4. sect. 3. Glof. 7. n. 1243.

leur tenir lieu de bien Paraphernal. A moins que par l'événement, les biens donnés n'eussent été, du vivant du mari, *Paraphernaux* que de nom seulement, & que le mari en eut conservé la libre jouissance & administration.

ARTICLE XXXI.

Les Tuteurs, Curateurs, Administrateurs, ou autres qui par leur qualité sont tenus de faire insinuer les Donations faites par eux ou par d'autres personnes aux mineurs, ou autres étant sous leur autorité, ne pourront parcellément, ni leurs héritiers ou ayant cause, opposer le défaut d'Insinuation auxdits mineurs, ou autres Donataires dont ils ont eu l'administration, ni à leurs héritiers ou ayant cause.

La fin de non-recevoir établie par l'Article précédent, en faveur de la femme contre le mari & ses héritiers, doit avoir lieu à plus forte raison, en faveur du Pupille contre son Tuteur & ses héritiers & du mineur contre son curateur & ses héritiers, parce que le Pupille & le mineur, sont encore dans une bien plus grande incapacité d'agir, que la femme ma-

riée. L'Article présent étend sa disposition , à tous ceux généralement qui sont sous l'autorité d'autrui , contre leurs administrateurs & héritiers , la même raison militant en leur faveur.

A R T I C L E X X X I I .

Les Mineurs , l'Eglise , les Hôpitaux , Communautés ou autres qui jouissent du privilège des mineurs , ne pourront être restitués contre le défaut d'Insinuation , sauf leur recours, tel que de Droit , contre leurs Tuteurs ou Administrateurs , & sans que la restitution puisse avoir lieu , quand même lesdits Tuteurs ou Administrateurs se trouveroient insolvables.

Les Mineurs , l'Eglise , les Hôpitaux , Communautés ou autres qui jouissent des privilèges des mineurs , ne pourront être restitués contre le défaut d'Insinuation.

Quoique l'Ordonnance de 1539. fit de l'Insinuation une Loi de rigueur , contre toutes

fortes de personnes sans exception , cependant on eut peine d'abord à accorder à cette Ordonnance toute son étendue & tout son effet contre les mineurs , attendu que plusieurs n'étant pas de leur chef capables d'agir , il sembloit qu'il y eut de la dureté à leur imputer la négligence de ceux qui étoient chargés du soin de leurs affaires. Telle est la source de la différence qui se trouve à ce sujet dans la Jurisprudence. Dès les commencemens , cette question s'étant présentée dans des espèces extrêmement favorables , le Parlement par quelques Arrêts, enthérina les lettres obtenues par les mineurs , pour être restitués contre le défaut d'Insinuation. Choppin (a) rapporte un Arrêt intervenu en l'Audience de la Grand' Chambre au Rolle d'Amiens , le 9. Janvier 1576. dans l'espèce d'une Donation faite par Contrat de mariage , aux enfans qui en devoient être procréés , qui fut déclarée valable , en restituant les enfans Donataires contre le défaut d'Insinuation. Brodeau sur M. Louet (a) fait mention d'un autre Arrêt semblable , donné en la même Audience de la Grand'Chambre , le Lundi 7 Mars 1665. Mais comme le Parlement auroit craint, qu'on ne prit ces Arrêts pour un Règlement général qui dispensoit les mineurs de l'Insinuation , il ajouta à la fin , qu'ils ne pouvoient être tirés à conséquence en d'autres causes.

Un troisième Arrêt prononcé en Robes rouges à Noël de l'année 1602. semble avoir jugé la même chose que les deux précédens, en faveur d'un nommé Jacques Dufour mineur ,

[a] Chopin sur Paris , liv. 2. tit. 3. nomb. 16.

(b) Brodeau sur Louet let. D. nom. 68.

mais toujours dans des circonstances particulières. Car quand la question a paru dans les termes généraux , elle a été jugée contre les mineurs.

En effet , (comme le remarque Ricard) les Loix ont bien accordé aux mineurs des privilèges , pour la conservation des biens qui leur appartiennent à juste titre , & pour empêcher qu'ils ne soient surpris , par les embûches qui peuvent être préparées contre la fragilité de leur âge. Mais lorsqu'il s'agit , d'acquiescer ou de rendre leur condition meilleure , par des Donations qui leur sont faites ou autrement , ils n'ont jamais été dispensés du droit commun , ni de la rigueur d'une Ordonnance , qui est générale , & qui ne contient point d'exception en leur faveur.

Le Parlement de Toulouse , distinguoit sur la question présente , les héritiers d'avec les créanciers du Donateur. Et il jugeoit , que les mineurs pouvoient être dispensés du défaut d'Insinuation à l'égard des héritiers , mais non pas à l'égard des créanciers. (a)

Notre Ordonnance a pros crit cette distinction , & s'est attachée à la Jurisprudence du Parlement de Paris , comme plus simple , & plus conforme aux principes. En effet , il ne se rencontre en cette occasion , aucune différence réelle entre les héritiers & les créanciers du Donateur , attendu que le privilège , s'il y en avoit , ne résideroit pas en leurs personnes , mais en celle du mineur.

(a) Mainard liv. 2. chap. 54.

La Rocheffavin liv. 2. lettre M tit. 9. Article premier & liv. 6. tit. 4. Article XI. & XXVII.

D'Olive liv. 4. chap. premier.

De Cambolas liv. 2. chap. 27. & liv. 3. chap. 31.

ARTICLE XXXIII.

N'entendons comprendre dans les dispositions des Articles précédens qui concernent l'Insinuation , les Pays de ressort de notre Parlement de Flandres.

Lors de l'établissement de l'Insinuation en France, la Flandre n'étoit point sous la domination Françoisé ; & lorsqu'elle y a été réunie dans le dernier siècle , Louis XIV. a bien voulu s'engager à la conserver dans ses anciens usages & privilèges. C'est pourquoi l'Insinuation n'ayant jamais eu lieu dans cette Province , Louis XV. l'a dispensée de la regle générale à cet égard.

Sa Majesté a bien voulu accorder la même grace à la Province d'Artois , qui se trouvoit dans le même cas que celle de Flandre ; & il a été donné en faveur du Pays d'Artois , une Déclaration particulière le 21. Janvier 1736. Par cette Déclaration, il a été dérogé, à l'égard de l'Artois , aux Art. XIX. & suivans de notre Ordonnance, jusqu'à l'Art. XXXII. sur le fondement que l'Insinuation n'y avoit jamais été observée non plus qu'en Flandre.



TITRE CINQUIÈME.

Du retranchement des Dona- tions pour raison de la Légitime.

LA *Légitime* est une portion de biens qui appartient de droit naturel aux enfans par le décès de leurs peres & meres. Elle tire son origine de l'obligation où sont les peres & meres par la Loi de nature , de conserver à leurs enfans la vie qu'ils leur ont donnée : & comme ils ne peuvent plus après leur mort prendre ce soin , ni subvenir aux besoins journaliers de leurs enfans ; la Loi les oblige de leur laisser , après leur décès , si non tous leurs biens , du moins une portion suffisante pour que ces enfans puissent se soutenir avec honneur ,

proportionnellement à la naissance & à la fortune de leur pere. Cette portion de biens est ce que nous appellons la *Légitime* des enfans.

La quotité de la *Légitime* est différente suivant les différentes Loix & Coutumes qui régissent les Provinces du Royaume. Nous n'examinerons pas ici ces différences, dont le détail passeroit les bornes que nous nous sommes proposées. Chacun peut, suivant le besoin, les puiser dans les sources mêmes des Loix & des Coutumes.

L'action pour la légitime, ou la querelle d'inofficiofité, n'avoit d'abord lieu que pour les Testamens dans lesquels la loi, par une précaution sage, obligeoit les peres de laisser, en mourant, à leurs enfans, une portion considérable de leurs biens, qui composoit leur *Légitime*; faute de quoi leurs Testamens étoient cassés, sur la seule plainte des enfans;

ou du moins leur *Légitime* leur étoit supplée , conformément à la demande en supplément que la Loi leur permettoit d'en faire.

Mais l'injustice & l'inhumanité de ces peres ainsi désarmés par la Loi pour les Testamens , les ayant portés à donner leurs biens , par des Donations entre - vifs dans lesquelles leur liberté n'étoit point gênée , la Loi se trouva obligée d'accorder aux enfans la même action contre les Donations entre-vifs , qu'ils avoient déjà contre les Testamens , sçavoir la querelle d'Inofficiosité ou l'action de *Légitime*. La première Loi qui ait donné atteinte aux Donations entre-vifs , en faveur de la *Légitime* , est la Loi *Titia seio* 87. §. *imperator Dig. de Legatis. 2* , que nous avons adoptée dans notre usage.

Ainsi donc quoique la Donation soit revêtue de toutes ses formalités , c'est-à-dire , quoiqu'el-

le soit passée devant Notaires , acceptée , insinuée & que la chose donnée soit livrée soit par voye réelle soit par voye feinte , le Donataire ne peut pas se flater pour cela qu'il possède irrévocablement ; puisque la Donation peut encore être révoquée , en tout ou en partie , par deux causes principales qui ne sont point de son fait , sçavoir , 1^o. Pour raison de la Légitime des enfans du Donateur. 2^o. Par les enfans qui surviendroient au Donateur depuis la Donation , lorsqu'il l'a faite sans en avoir de vivans actuellement. Il y a encore une troisième cause de révocation , qui est l'ingratitude du Donataire. Mais l'Ordonnance n'en parle point & il est au pouvoir du Donataire d'en empêcher l'effet.

Notre Ordonnance a terminé toutes les difficultés auxquelles a donné lieu cette réduction des Donations entre-vifs , pour rai-

fon de la *Légitime* des enfans , dans les Articles XXXIV , XXXV , XXXVI, XXXVII. & XXXVIII. qui fuivent : l'Article XXXIV. règle de quelle manière les Donataires contribuent entr'eux au fourniffement de la *Légitime* : l'Article XXXV. décide la queftion de fçavoir , fi la Dot eft fujette au retranchement pour la *Légitime*. L'Article XXXVI. examine la façon dont les Donataires univerfels des biens préfens & à venir doivent payer les *Légitimes*. L'Article XXXVII. détermine les cas auxquels ces mêmes Donataires de tous biens préfens & à venir doivent payer les *Légitimes* , lorsqu'ils renoncent aux biens à venir , pour s'en tenir à la Donation des biens préfens. Enfin l'Article XXXVIII. définit le tems auquel commence la prefcription , en faveur des Donataires contre les *Légitimaires*.

ARTICLE XXXIV.

Si les biens que le Donateur aura laissés en mourant , sans en avoir disposé , ou sans l'avoir fait autrement que par des dispositions de dernière volonté , ne suffisent pas pour fournir la légitime des enfans , eu égard à la totalité des biens compris dans les Donations entre-vifs par lui faites & de ceux qui n'y sont pas renfermés , ladite légitime sera prise , premièrement sur la dernière Donation , & subsidiairement sur les autres , en remontant des dernières aux premières ; & en cas qu'un ou plusieurs des Donataires soient du nombre des enfans du Donateur qui auroient eu droit de demander leur Légitime , sans la Donation qui leur a été faite , ils retiendront les biens à eux donnés jusqu'à concurrence de la valeur de leur Légitime , & ils ne seront te-

nus de la Légitime des autres que pour l'excédent.

Si les biens que le Donateur aura laissés en mourant , sans en avoir disposé , ou sans l'avoir fait autrement que par des dispositions de dernière volonté , ne suffisent pas pour fournir la Légitime des enfans.

Les premiers biens , sur lesquels se doit prendre la légitime , sont ceux que le pere a laissés dans sa succession , sans en avoir disposé. Si ces biens ne sont pas suffisans , elle se prend , avant que de toucher aux Donations entre-vifs, sur les legs & autres dispositions testamentaires, parce que ce sont les derniers biens sortis des mains du Testateur : de sorte , que si les enfans trouvent dans les biens délaissés après le décès de leur pere , (soit qu'il en ait disposé par testament ou non ,) de quoi remplir leur légitime , ils n'ont aucun droit d'attaquer ses dispositions entre-vifs. Car l'action de légitime contre les Donations entre-vifs , n'est que subsidiaire à la querelle d'inofficiosité contre les testamens ; & la premiere de ces deux actions ne peut avoir lieu , que dans le cas où , par le moyen de la seconde , il ne se rencontreroit pas de quoi fournir la légitime. Mais au défaut des biens laissés *ab intestat* , & des legs , on ne révoquoit point en doute , avant l'Ordonnance , que les Donations entre-vifs ne fussent sujettes à retranchement pour la légitime : parce que la légitime est une

dette de la nature , qui est plus privilégiée , que tous les Contrats de la Société Civile.

Eû égard à la totalité des biens compris dans les Donations entre-vifs par lui faites , & de ceux qui n'y sont point renfermés.

La légitime se regle suivant les biens qu'a-voit le pere , lors de son décès , en y joignant ceux qui se seroient trouvés dans sa succession , s'il n'en avoit disposé par Donations entre-vifs. Ainsi pour déterminer quelle doit être la légitime de chaque enfant , il faut faire une masse des biens délaissés par le pere *ab intestat* , de ceux dont il a disposé par testament , & de ceux dont il a fait des Donations entre-vifs ; partager ensuite cette masse , en autant de parts qu'il y a d'enfans ; & à Paris , la moitié de chacune de ces parts , est la portion légitiminaire de chacun des enfans. Selon le Droit Romain , la légitime des enfans n'est de la moitié , que lorsqu'ils sont au nombre de cinq ou plus. Elle n'est que du tiers , lorsqu'ils ne sont que quatre ou moins.

Cette légitime sera prise premierement sur la derniere Donation , & subsidiairement sur les autres , en remontant des dernieres aux premieres. Il y a cette différence essentielle , entre les Légataires & les Donataires , dans la contribution à la légitime , que les premiers y contribuent tous également , c'est-à-dire , à proportion de l'émolument ; au lieu qu'à l'égard des seconds , il faut que les dernieres Donations soient entierement épuisées , avant

que l'on puisse attaquer les Donations antérieures. La raison de la différence, est que, les libéralités testamentaires ne sont point susceptibles de priorité ni de postériorité, puisqu'elles ne commencent toutes à avoir effet, que du jour du décès du Testateur. Mais dans les Donations il n'en est pas de même : elles ont chacune leur datte & leur perfection, du jour qu'elles ont été passées. De là, on ne peut accuser les premières Donations d'infirmité, s'il restoit encore, après ces Donations, au Donateur des biens suffisans pour remplir la légitime de ses enfans. Mais comme dans ce cas, ce sont les suivantes seules qui ont entamé la légitime, & qui ont donné lieu à la plainte des enfans, c'est aussi elles seules qu'il faut attaquer, en commençant par la dernière, & remontant ainsi successivement.

Si pour autoriser ce raisonnement, on se contentoit des textes de Loix & de Coutumes, qui ont décidé la question dans des cas semblables, on trouveroit une solution complète, dans la Loi *si libertus* 16. D. de *jure patronatus*, par rapport à la légitime des Patrons. On pourroit encore se servir avec avantage, de l'Article CCCIII. de la Coutume de Normandie, qui établit aussi très nettement notre maniere de retranchement, par rapport au Douaire, qui est la Légitime Coutumière des enfans.

Mais pourquoi raisonner par comparaison, lorsqu'on trouve des dispositions formelles, par rapport à la Légitime même ? La première est l'Article CCCXXV. de la Coutume d'Anjou conçu en ces termes : *qui donne plus*

qu'il ne peut à divers personnes , par un Contrat ou plusieurs , le don sera rescindé sur chacun des Donataires , selon la grandeur du don ; si ainsi est , que des dons soient faits à iceux Donataires , pour en jouir après le décès du Donateur & non plutôt. Mais si d'aucuns des dons le Donateur se dépouille , & en saisit les Donataires de son vivant , & depuis fait d'autres dons , ceux qui se seront ensaisnés des premiers dons qui n'excèdent point , jouiront de tous iceux dons. La seconde disposition est l'Article CCCXLVII. de la Coutume du Maine , qui est conçu en mêmes termes que l'Article CCCXXXV. de celle d'Anjou. Aux textes des Loix & des Coutumes se joint le sentiment unanime des Jurisconsultes (a)

La Jurisprudence y est aussi conforme. On trouve pourtant un premier Arrêt , rendu en la Grand'Chambre , au Rolle des Jeudis , sur les conclusions de M. l'Avocat Général de la Moignon , le 14 Mars 1675. qui a confirmé une Sentence des Requêtes du Palais laquelle avoit condamné les enfans premiers Donataires , à contribuer également avec les derniers Donataires , au payement de la Légitime des autres enfans , qui n'avoient rien eu de la libéralité de leur pere. Cet Arrêt est connu au Palais , sous le nom de l'Arrêt de Faverolles.

Mais depuis & en la même année , par Ar-

(a) Despeiffes , Tom. 2. des successions Testam. & ab intestat. part. 2. sect. 2. pag. 323. nomb. 6.

Paul de Castres sur la Loi , *si ut allegatio Cod. de inoffic. Donat.*

Ricard des Donations troisième part. Chap. 8. sect. 9. nomb. 1114. & suivans.

rêt intervenu en la troisième Chambre des Enquêtes, au rapport de M. Tronçon, (selon que Ricard l'assure (a). d'après M. Tronçon lui-même) le contraire a été jugé le 7 Septembre 1675. quoique l'Arrêt de la Grand' Chambre eût été produit au procès.

Il intervint un Arrêt semblable le 19 Mars 1688. sur les conclusions de M. l'Avocat Général Talon, dans le partage de la succession de Dame Marie Courtin Veuve de Messire François de Veydeau, Conseiller en la Cour, entre ses enfans; il y en avoit quelques-uns Donataire par Contrat de mariage, d'autres à qui la mere n'avoit rien donné, & qui ne trouvoient pas leur Légitime dans sa succession à laquelle les enfans Donataires avoient renoncé. L'affaire renvoyée d'abord, par un premier Arrêt, devant M. Dreux Conseiller, MM. Sonnet, Ravierre, Loranchet & Dupré anciens Avocats, ces Arbitres jugerent, que les dernières Donations devoient fournir la Légitime, avant que de toucher aux premières. Il y eut appel de cette Sentence arbitrale, & elle fut confirmée par l'Arrêt susdaté. Ces deux Arrêts, de Faverolles & de Veydeau, sont rapportés dans le Journal du Palais.

Il est aisé de sentir la raison de leur différence, par la différence des especes. Et en effet, dans l'espece de l'Arrêt de Faverolles, le pere avoit témoigné par plusieurs Actes, & même par les Contrats de mariage de ses enfans, qu'il vouloit les égaier; & c'est pour conserver cet esprit d'égalité, qui avoit animé

(a) Ricard. Ibidem.

le pere, que la Cour crut, qu'elle devoit faire contribuer également les enfans Donataires à la Légitime des autres, qui ne la trouvoient pas dans la succession de leur pere : au lieu que dans l'espece de l'Arrêt de *Veydeau*, on n'a pas reconnu, que la mere Donatrice, ait eu cet esprit d'égalité.

L'Arrêt de *Veydeau* a été confirmé par un autre rendu en la premiere Chambre des Enquêtes le 7 Septembre 1705, il est connu sous le nom d'Arrêt de *Baudouin*.

Cette Jurisprudence n'étoit point particuliere au Parlement de Paris. M. le Président de Cambolas (a) rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse, qui a ordonné de même, que les Légitimes seroient payées par les derniers Donataires.

Despeisses (dans l'endroit déjà cité) dit, que cela se jugeoit ainsi tous les jours, à Grenoble.

La Peyrere (a) cite aussi deux Arrêts du Parlement de Bordeaux conformes à cette Jurisprudence.

Mais quelque respectable qu'elle soit par elle-même, par rapport à son uniformité dans les Cours Souveraines du Royaume, elle est devenue encore une Loi plus formelle, plus positive, & plus invariable, par l'adoption qu'en a faite notre Ordonnance, en prescrivant, que la *Légitime* soit prise *premierement sur la dernière Donation, & subsidiairement sur les autres, en remontant des dernières aux premières.*

(a) Cambolas Liv. 3. Chap. 30.

(b) La Peyrere l. N. n. 15.

Et en cas qu'un ou plusieurs des Donataires soient du nombre des enfans du Donateur , qui auroient eu droit de demander leur légitime sans la Donation qui leur a été faite , ils retiendront les biens à eux donnés , jusqu'à concurrence de la valeur de leur Légitime , & ils ne seront tenus de la Légitime des autres que pour l'exédent.

Ricard (a) établit la même exception , en faveur des enfans Donataires. Car , après avoir prouvé que , dans la Thèse générale , entre les Donataires entre-vifs , les premiers ne contribuoient à la légitime , que lorsque les derniers étoient épuisés , il ajoute : *Si ce n'est que les derniers donataires ne soient aussi enfans du donateur ; car en ce cas , ils auroient droit de retenir les donations qui leur ont été faites , jusques à la concurrence de leur Légitime.* Exception extrêmement équitable ! puisque le pere , bien loin d'excéder les bornes de son pouvoir , en donnant à un ou plusieurs de ses enfans , jusqu'à concurrence de leur Légitime , n'a fait au contraire que s'acquitter à leur égard , de son vivant , d'une dette dont il étoit tenu envers eux , du moins après sa mort.

(a) Ricard des Donations , part. 3. Chap. 8. sect. 9. nomb. 1114.

ARTICLE XXXV.

La Dot , même celle qui aura été fournie en deniers , sera sujette au retranchement pour la Légitime , dans l'ordre prescrit par l'Article précédent: ce qui aura lieu , soit que la Légitime soit demandée pendant la vie du mari , ou qu'elle ne le soit qu'après sa mort , & quand il auroit joui de la Dot pendant plus de trente ans , ou quand même la fille dotée auroit renoncé à la succession par son Contrat de mariage ou autrement , ou qu'elle en seroit excluse de droit suivant la disposition des Loix , Coutumes , ou Usages.

La Dot sera sujette au retranchement pour la Légitime.

On trouve cette disposition établie par deux Constitutions de l'Empereur *Constantius* rapportés dans le Code Theodosien tit. *de inoffic. dotibus*. La premiere de ces deux Consti-

tutions , ordonne en général , que toutes les Dots qui épuisent les biens des peres & des meres , au préjudice de la Legitime qui est due à leurs enfans , seront sujettes à la réduction , aussi bien que les autres Donations entre-vifs. La seconde Constitution étend encore la même loi sur les Dots mêmes que les femmes ont données à leurs maris , peres des enfans qui s'en plaignent.

Ces deux Constitutions de *Constantius* ont été adoptées & réduites en une seule dans le Code Justinien sous le même titre. *Cum omnia bona* , (dit la Constitution de Justinien) *à matre tua in dotem dicantur exhausta , leges legibus concordare promptum est ; ut , ad exemplum Inofficiosi Testamenti adversus dotem immodicam exercendæ Actionis copia tribuatur , & filiis conquerentibus emolumenta debita deferantur.*

*Même celle qui aura été fournie
en deniers*

La doctrine du retranchement des Dots même , pour la Légitime , établie par les Constitutions des Empereurs *Constantius* & *Justinien* , ayant été reçue dans notre usage , on a voulu y mettre quelque exception , par rapport aux Dots fournies en deniers ; le prétexte étoit que les Dots en deniers étoient ordinairement employées à accommoder les nouveaux mariés dans leur ménage , & quelquefois même se trouvoient consommées en dépenses inutiles ; de sorte qu'il n'en restoit plus rien communément aux époux , lors du décès des peres & des meres qui les avoient dotés.

dotés. Mais ces raisons frivoles n'ont point été écoutées, & ont même été prosrites par un Arrêt bien solennel, rendu le 3 Décembre 1642. en l'Audience de la Chambre de l'Edit, entre les *de Saint Vaast*. Par cet Arrêt la Cour a jugé que Marie *de Saint Vaast* prendroit sa Légitime, à proportion de ce que ses freres & sœurs avoient reçu de leurs pere & mere, quoiqu'ils n'eussent été dotés, pour la plus considérable partie, qu'en deniers : ce qui formoit le principal objet de la contestation.

Néanmoins le Parlement de Toulouse jugeoit que les Dots constituées aux filles par leurs peres, n'étoient point sujettes à retranchement pour la Légitime de leurs freres & sœurs, sans même distinguer si la Dot étoit en deniers ou non. M. de Cambolas (a) rapporte un Arrêt donné solennellement, toutes les Chambres assemblées, (après que le procès eut été parti en trois Chambres) & prononcé en Robes rouges par M. le Président de Verdun, qui l'a jugé ainsi. M. de la Rocheffavin (b) fait mention d'un Arrêt semblable, sans cotter ni la date, ni l'année : il y a apparence que c'est le même.

Quoi qu'il en soit, notre Ordonnance a préféré l'usage du Parlement de Paris, comme plus conforme au véritable esprit de la Jurisprudence, & elle a rejeté celui du Parlement de Toulouse, comme donnant atteinte à une Loi, qui a son fondement dans la nature même. En effet, s'il étoit permis à un pere de disposer impunément, à titre de Dot,

(a) Cambolas, liv. 3. Chap. 34.

(b) La Rocheffavin, liv. 6. tit. 63, Art. XIV.

en faveur d'une fille pour laquelle il auroit de la prédilection , les autres enfans se trouveroient , par-là , privés de légitime & d'alimens , pendant que leur sœur jouiroit de toute la fortune du pere commun. Injustice criante ! à laquelle l'Ordonnance a voulu couper cours , en décidant que, *la Dot , même celle qui aura été fournie en deniers , sera pareillement sujette au retranchement pour la Légitime.*

Dans l'ordre prescrit par l'Article précédent.

C'est-à-dire , que la fille dotée ne doit contribuer à la Légitime de ses freres & sœurs , qu'autant , que les Donations antérieures à son Contrat de mariage sont épuisées , sans être suffisantes pour remplir cette Légitime ; & que dans ce dernier cas même , la fille dotée peut retenir sur la dot , jusqu'à concurrence de sa Légitime personnelle.

Ce qui aura lieu , soit que la Légitime soit demandée pendant la vie du mari , ou qu'elle ne le soit qu'après sa mort.

La raison de douter , si les enfans pouvoient exercer leur Action en légitime , sur la dot constituée à leur sœur , du vivant de son mari , c'est que la dot , vis-à-vis du mari , n'est point considérée comme un titre gratuit , mais comme un titre onéreux. Ainsi comme les ventes & autres aliénations à titre onéreux , faites

par le pere , ne sont point sujettes à retranchement pour la Légitime des enfans , il sembloit que les dots ne devoient pas l'être non plus , vis-à-vis & du vivant du mari , à qui elles avoient été données à titre onéreux.

Mais on n'a point eu d'égard , en cette occasion , à l'intérêt du mari ; attendu , qu'il n'a pu ignorer ce qui étoit de droit commun , & qu'il a du sçavoir , lors de la constitution dotale , que les freres & sœurs de sa femme , auroient droit un jour de revendiquer une partie de ce qu'il recevoit de sa femme , s'ils ne trouvoient pas leur légitime dans la succession de leur pere commun.

Et quand le mari auroit joui de la Dot pendant plus de trente ans.

Ceci suppose une jouissance de trente ans antérieure à l'ouverture de la Légitime , c'est-à-dire , au décès de celui , sur la succession duquel la Légitime est demandée. Car si le mari avoit joui de la dot pendant 30 ans , depuis l'ouverture de la Légitime , il auroit acquis sans difficulté , la prescription contre les Légitimaires.

Ou quand même la fille dotée auroit renoncé à la succession par son Contrat de mariage ou autrement.

C'a été autrefois une grande difficulté de sçavoir , si la dot de la fille qui a renoncée par son Contrat de mariage devoit contribuer à

la légitime ? Ricard (a) se déclare pour la négative ; *n'étant pas juste (dit-il) que la fille qui a ainsi renoncé , ne pouvant gagner , puisse perdre ; c'est un hazard qu'elle a pris , ajoute cet Auteur , qui étoit attaché à l'incertitude de la fortune , & qui eut été à son désavantage , si son pere eut augmenté de biens , comme dans l'événement il lui est utile , eû égard à la décadence des biens de son pere.* Mais l'intérêt des Donataires postérieurs , a déterminé le Législateur pour le sentiment contraire. Car enfin ces Donataires se trouveroient grevés , si cette dot entrant dans la computation , elle ne servoit qu'à augmenter la Légitime des autres enfans , sans néanmoins y contribuer dans son ordre.

Ou qu'elle en seroit excluse de droit suivant la disposition des Loix , Coutumes ou Usages.

Il est quelques Coutumes qui excluent les filles dotées , de la succession de leur pere. Telle est entr'autres , la Coutume de Normandie , dont l'Article CLIII. porte : *Fille mariée ne peut rien demander à l'héritage de ses Aïeux , fors ce que les hoirs mâles lui donnerent & octroyerent à son mariage.*

A R T I C L E XXXVI

Dans le cas ou la Donation des

(a) Ricard des Donations troisième Part. Chap. 8. sect. no. nomb. 1119.

biens présens & à venir pour le tout ou partie , a été autorisée par l'Article XVII. si elle comprend la totalité des biens présens & à venir , le Donataire sera tenu indéfiniment de payer les Légittimes des enfans du Donateur , soit qu'il en ait été chargé nommément par la Donation , soit que cette charge n'y ait point été exprimée ; & lorsque la Donation ne contiendra qu'une partie des biens présens & à venir , le Donataire ne sera obligé de payer lesdites Légittimes au-delà de ce dont il en peut être tenu de droit suivant l'Article XXXIV. qu'en cas qu'il en ait été expressément chargé par la Donation & non autrement ; auquel cas d'expression de ladite charge , le Donataire sera tenu directement & avant tous les autres Donataires , quoique postérieurs , d'acquitter lesdites Légittimes , pour la part & portion dont il au-

ra été chargé par la Donation , & si ladite portion n'y a pas été expressément déterminée , elle demeurera fixée à telle & semblable portion que celle pour laquelle les biens présens & à venir se trouveront compris dans la Donation ; sauf au Donataire , dans tous les cas portés par le présent Article , de renoncer , si bon lui semble , à la Donation.

Dans le cas où la Donation des biens présens & à venir pour le tout ou partie a été autorisée par l'Art. XVII.

L'Article XV. de notre Ordonnance , a pros crit pour la suite , toutes les Donations de biens présens & à venir , à peine de nullité , même pour les biens présens. Mais l'Article XVII. en a excepté les Contrats de mariage , qu'elle a rendu susceptibles de ces sortes de Donations , en accordant même , aux Donataires par Contrat de mariage , la liberté d'accepter la Donation dans son entier , ou d'en séparer les biens à venir , pour s'en tenir aux biens présens. Ainsi le cas , où la Donation des biens présens & à venir , pour le tout ou pour partie , a été autorisée par l'Article XVII. n'est autre que celui des Contrats de

mariage , soit que les libéralités faites aux conjoints ou à leurs descendans , viennent de la part de leurs ascendans ou de la part de leurs parens collatéraux , ou même de la part d'étrangers , comme s'en explique le même Article XVII.

Si elle comprend la totalité des biens présens & à venir , le Donataire sera tenu indéfiniment de payer les Légitimes des enfans du Donateur , soit qu'il en ait été chargé nommément par la Donation , soit que cette charge n'y ait point été exprimée.

Ceci n'est qu'une répétition détaillée d'une des disposition de l'Article XVII. ou plutôt c'est l'application de cette disposition , qui est générale , à l'espece particuliere de la Légitime : cette disposition porte , que dans le cas énoncé dans l'Article , il fera au choix du Donataire , de prendre les biens tels qu'ils se trouveront au jour du décès du Donateur , en payant toutes les dettes & charges. Or comme les Légitimes des enfans sont sans contre-dit , une des principales charges de la succession du Donateur , l'Ordonnance par une suite nécessaire de ce qui avoit été ordonné dans l'Article XVII. veut ici , que les Donataires universels de tous biens présens & à venir , payent indéfiniment toutes les Légitimes des enfans du Donateur ; & elle ajoute , soit que le Donataire en ait été chargé nommément par

la Donation , soit que cette charge n'y ait point été exprimée ; parce que ce Donataire recevant seul tout le fruit de la succession , il est tenu de droit , d'en acquitter toutes les charges , sans qu'il faille aucune stipulation pour l'y obliger , suivant ce principe trivial , quæ sequuntur commoda , debent etiam sequi incommoda.

Et lorsque la Donation ne contiendra qu'une partie des biens présens & à venir , le Donataire ne sera tenu de payer lesdites Légitimes , au de-là de ce dont il en peut être tenu de droit suivant l'Article XXXIV.

L'Article XXXIV. décide , que lorsque les biens laissés après le décès du Donateur , ne suffisent pas pour remplir les Légitimes des enfans , elles doivent être prises sur les Donations , en remontant des dernières aux premières. D'où il suit que le Donataire d'une portion seulement des biens présens & à venir , pouvant avoir postérieurement à lui d'autres Donataires , soit des autres portions des biens présens & à venir , soit même d'immeubles particuliers , il est juste que ces Donataires postérieurs (de quelque nature que soient les Donations à eux faites) contribuent à la Légitime , avant le Donataire , de portion des biens présens & à venir antérieur à eux ; parce que ce sont les dernières Donations qui sont toujours censées avoir absorbé les Légitimes.

Qu'en

Qu'en cas qu'il en ait été expressément chargé par la Donation , & non autrement.

On lit dans l'Article XVI. de notre Ordonnance , que les Donations qui ne comprendroient que les biens présens , seront déclarées nulles , lorsqu'elles seront faites à condition de payer les dettes & charges de la succession du Donateur en tout ou en partie , ou autres dettes & charges que celles qui existoient lors de la Donation , même de payer les Légitimes des enfans du Donateur , au-delà de ce dont il en peut être tenu de droit. Cette Loi générale, dont on a tâché de développer les motifs dans les observations faites sur cet Article , a souffert une seule exception , en faveur des Donations faites par Contrat de mariage dans l'Article XVIII. Entendons pareillement , (porte l'Article XVIII.) que les donations des biens présens faites à condition de payer indistinctement toutes les dettes & charges de la succession du donateur , même les Légitimes indéfiniment , ou sous d'autres conditions , dont l'exécution dépendroit de la volonté du donateur , puissent avoir lieu dans les Contrats de mariage en faveur des conjoints ou de leurs descendans. Notre Article confirme cette exception même dans le cas où le Donataire ne seroit point gratifié de l'universalité des biens présens & à venir , & seroit pourtant chargé de l'universalité des Légitimes. Il est vrai qu'elle exige pour cela une condition essentielle , qui est que cette charge soit expresse. Car , comme par elle-même elle est exhorbi-

P

tante & contraire à la proportion & à l'égalité qui doivent se rencontrer entre les bienfaits & les charges , elle ne peut avoir lieu , que lorsqu'elle est nommément exprimée dans la Donation.

Auquel cas d'expression de ladite charge , le Donataire sera tenu directement & avant tous les autres Donataires, quoique postérieurs , d'acquitter lesdites Légitimes pour la part & portion dont il aura été chargé dans la Donation , & si ladite portion n'y a pas été expressément déterminée , elle demeurera fixée à telle & semblable portion , que celle pour laquelle les biens présens & à venir se trouveront compris dans la Donation.

L'Ordonnance accorde le privilège singulier aux Donateurs par Contrat de mariage , de mettre dans ces sortes de Donations des conditions dont le plus ou le moins d'exécution dépend de leur volonté , & dont ils peuvent augmenter ou diminuer l'étendue , postérieurement à leur Donation. Telle est entr'autres la condition de payer les Légitimes en tout ou en partie , au-delà de ce dont le Donataire en est tenu de droit.

Mais lorsque cette portion n'est point expressément déterminée , la même Ordonnance veut que cette part soit proportionnée à la Donation même : c'est-à-dire , que si la Donation est de tous les biens présens & à

venir , le Donataire sera chargé de payer toutes les Légitimes. S'il n'est Donataire que pour moitié , il sera tenu de remplir la moitié des Légitimes , & ainsi à proportion.

Sauf au Donataire, dans tous les cas portés par le présent Article, de renoncer , si bon lui semble , à la Donation.

L'alternative donnée en cet Article au Donataire par Contrat de mariage , d'accepter la Donation à lui faite ou d'y renoncer , s'il en trouve les conditions trop onéreuses , n'est qu'une confirmation de ce que porte l'Article XVIII. qui , après avoir ordonné que le Donataire sera tenu d'accomplir les conditions apposées dans l'Acte de Donation , ajoute : *s'il n'aime mieux renoncer à ladite donation.*

ARTICLE XXXVII.

Si néanmoins le Donataire par Contrat de mariage de la totalité , ou de partie de biens présens & à venir , déclare qu'il opte de s'en tenir aux biens qui appartiennent au Donateur au tems de la Donation , & qu'il renonce aux biens postérieurement acquis par ledit Donateur , suivant la faculté qu'il

lui est accordée par l'Article XVII. les Légitimes des enfans se prendront sur lesdits biens postérieurement acquis , s'ils suffisent , si non ce qui s'en manquera sera pris sur tous les biens qui appartennoient au Donateur dans le tems de la Donation , si elle comprend la totalité desdits biens , & en cas que la Donation ne soit que d'une partie des biens , & qu'il y ait plusieurs Donataires , la disposition de l'Article XXXIV. sera observée entr'eux selon sa forme & teneur.

Si néanmoins le Donataire par Contrat de mariage de la totalité ou de partie des biens présens & à venir , déclare qu'il opte de s'en tenir aux biens qui appartennoient au Donateur , au tems de la Donation , & qu'il renonce aux biens postérieurement acquis par ledit Donateur , suivant la faculté qui lui en est accordée par l'Article XVII. , les Légitimes se prendront sur lesdits biens postérieurement acquis , s'ils suffisent.

La raison de cette disposition est bien sensible , dans le cas y énoncé , auquel le Donataire par Contrat de mariage de la totalité ou de partie des biens présens & à venir , renonce aux biens acquis postérieurement à la Donation , pour s'en tenir à ceux dont l'acquisition est antérieure. Au moyen de cette renonciation , les biens postérieurs à la Donation , rentrent dans le corps de la succession. Or c'est le principe établi par l'Article XXXIV. qu'avant que de toucher aux Donations pour les Légitimes , il faut que tous les biens de la succession soient entierement épuisés , à commencer par ceux laissés *ab intestat* , & ensuite par ceux dont le Donateur a disposé par testament.

Si non , ce qui s'en manquera , sera pris sur tous les biens qui appartoient au Donateur dans le tems de la Donation , si elle comprend la totalité desdits biens.

Les Légitimes se doivent donc prendre d'abord sur les biens postérieurs à la Donation , comme faisant partie de la succession par la renonciation que le Donataire y a faite , si ces biens suffisent pour les remplir ; mais s'ils ne suffisoient pas , alors ce qui s'en manqueroit , seroit pris sur les biens antérieurs à la Donation indistinctement , pourvû que la Donation comprit la totalité desdits biens. Parce que dans cette circonstance , n'y ayant qu'un seul Donataire de l'universalité de ces biens ,

il n'est pas possible d'admettre aucune distinction entr'eux , pour faire contribuer un immeuble plutôt qu'un autre.

Et en cas que la Donation ne soit que d'une partie des biens & qu'il y ait plusieurs Donataires , la disposition de l'Article XXXIV. sera observée entr'eux selon sa forme & teneur.

Quand il n'y a qu'un seul & même Donataire de la totalité des biens antérieurs à la Donation , & que les biens postérieurs abandonnés , ne suffisent pas pour remplir les Légitimes , ce Donataire universel doit sur tous les biens antérieurs , sans distinction , suppléer à ce qui manque. C'est ce qu'on vient de prouver. Mais lorsqu'il y a plusieurs Donataires , chacun d'une portion de l'universalité de ces biens , il faut distinguer , s'ils sont antérieurs les uns aux autres , ou s'ils n'ont qu'une même date. Dans ce dernier cas , c'est-à-dire , si une personne par un seul & même Acte a fait Donation à plusieurs , chacun d'une portion de l'universalité de ses biens , ils doivent indubitablement contribuer entr'eux également , à ce qui manque à la Légitime des enfans. Mais s'ils sont plus anciens les uns que les autres , la règle prescrite par l'Article XXXIV. doit être exécutée ; il faut commencer par les derniers en date , avant que de venir à ceux qui les précédent.

ARTICLE XXXVIII.

La prescription ne pourra commencer à courir en faveur des Donataires contre les Légitimaire que du jour de la mort de ceux sur les biens desquels la Légitime sera demandée.

L'action de Légitime est dans la personne des enfans , une action personnelle qui se prescrit par 30 ans , ainsi que le Douaire , qui est aussi regardé comme une Légitime Coutumière. Le Douaire & la Légitime , ont encore entr'eux ce trait de ressemblance , que la prescription ne commence à courir contre l'un & contre l'autre , que du jour du décès de celui ou celle , sur les biens desquels le Douaire ou la Légitime ont lieu. Nous en avons un texte précis pour le Douaire , dans l'Article CXVII. de la Coutume de Paris ; *En matiere de Douaire (porte cet Article) la prescription commence à courir du jour du décès du mari seulement entre âgés & non privilégiés.* Quoique l'usage ait toujours été d'entendre cette disposition pour le Douaire , à la Légitime , parce qu'il y a parité de raison pour l'un & pour l'autre ; cependant aucune Loi ne l'avoit encore expressement décidé. C'est à quoi notre Article XXXVIII. a suppléé ; en ordonnant , que *la prescription ne pourra commencer à courir en faveur des dona-*

taires contre les Légitimaires , que du jour de la mort de ceux sur les biens desquels la Légitime sera demandée.

TITRE SIXIÈME.

De la Révocation des Donations par survenance d'enfans.

Outre le retranchement des Donations pour raison de la Légitime des enfans , les Loix civiles ont encore introduit une autre sorte de révocation des Donations en faveur des enfans avant la naissance desquels les peres avoient épuisé leurs biens par des Donations faites à des Etrangers. Soit que ces peres ne fussent pas encore dans le lien conjugal lors de ces Donations , soit qu'engagés dès-lors dans le mariage ils eussent perdu toute espérance d'avoir des enfans , la Loi a présumé

dans l'un ou l'autre de ces cas , qu'ils ne se seroient jamais portés à donner leurs biens a des étrangers , s'ils eussent prévu la naissance de leurs enfans. C'est pourquoi elle a supplée à leur peu de prévoyance , en leur accordant la révocation de plein droit des Donations qu'ils auroient pu faire à des étrangers , lorsque la bénédiction du Ciel leur a envoyé des enfans.

L'usage a introduit cette révocation parmi nous d'après la fameuse Loi , *si unquam* 8. *Cođ. de revocandis Donat. Lib. 8. tit. 56.*

On n'examinera point ici si cette Loi doit être attribuée à Constantin & Constantius suivant l'inscription du Code , ou à Constantius seul , comme le prétend Ricard , ou a Constans & Constantius , ainsi que le pense Tiraqueau dans son sçavant Traité sur cette Loi , conformément au Code Theodosien. Quoi qu'il en soit ,

comme cette Loi est le fondement des Articles qui suivent , on croit devoir , en cet endroit , la mettre dans son entier sous les yeux du Lecteur. *Si unquam libertis Patronus , filios non habens , bona omnia , vel partem aliquam facultatum fuerit Donatione largitus , & postea suscepit liberos : totum quidquid largitus fuerat , revertatur in ejusdem Donatoris arbitrio ac dictione mansurum.*

Nous avons des Coutumes dans le Royaume qui ont admis l'effet de cette Loi par des dispositions expressees : sçavoir, la Coutume de Nivernois Chapitre 27. Article XIII. Celle de Bourbonnois Art. CCXXV. & celle de Normandie Article CCCCXLIX.

Enfin pour en venir à l'enchaînement des dispositions de notre Ordonnance sur ce point , les Articles XXXIX , XL. & XLI. détaillent les différens cas auxquels la Loi *si unquam* a lieu. Les Articles XLII. & XLIII. déter-

minent l'effet que produit la révocation. L'Article XLIV. interdit au Donateur la faculté de renoncer au bénéfice de la Loi. Enfin l'Art. XLIV. règle le tems de la prescription contre la révocation introduite par la Loi *si unquam*.

A R T I C L E X X X I X .

Toutes Donations entre-vifs faites par personnes qui n'avoient point d'enfans ou de descendans actuellement vivans dans le tems de la Donation , de quelque valeur que lesdites Donations puissent être & à quelque titre qu'elles aient été faites , & encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires , même celles qui auroient été faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints ou les ascendans , demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du Donateur , même d'un Posthume , ou par la

légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, & non par aucune autre sorte de légitimation.

Toutes Donations entre-vifs faites par personnes qui n'avoient point d'enfans ou de descendans actuellement vivans dans le tems de la Donation.

C'a été, avant l'Ordonnance, une grande question de sçavoir, si ces termes *filios non habens* devoient être pris à la lettre, ou si l'on devoit en modérer l'étendue littérale, par la raison & le motif de la Loi; de sçavoir, si la révocation devoit avoir lieu, indistinctement dans tous les cas où le Donateur n'avoit physiquement point d'enfans, ou si l'application de la Loi devoit cesser, lorsqu'il étoit vraisemblable, que le Donateur avoit prévu le cas des enfans, quoiqu'il n'en eut point alors de vivans: comme si, par exemple, la Donation étoit faite peu de tems après le mariage du Donateur, ou par son Contrat de mariage même. Dans ces deux cas, on ne peut présumer que le Donateur ait oublié ses enfans à venir, puisqu'il alloit ou venoit tout récemment de faire une action dont le but principal est la procréation des enfans.

Papon & Cujas (a) avoient embrassés ce dernier avis, fondés sur ce que la lettre de la Loi doit s'expliquer par l'esprit, & que le

(a) Papon, Commentaire sur la Loi *si unquam* pag. 3.
Cujas, observ. liv. 20. Chap. 6. sect. 3.

vrai & seul motif du Législateur Romain dans cette Loi, n'a été que de suppléer à la prévoyance des hommes qui, se voyant éloignés de la procréation des enfans, font des largesses indiscrètes de leurs biens. D'où ils ont crû être en droit de conclure que, lorsque le Donateur avoit prévu le cas des enfans, la Loi ne pouvoit lui être appliquée.

Dumoulin (a) s'est déclaré pour le sens littéral de la Loi; & quoique Ricard ait voulu rendre suspect cet Auteur célèbre, sous prétexte qu'il n'a fait son Traité, que pour combattre une Donation qu'il avoit faite à son frere, notre Ordonnance cependant a embrassé son opinion, comme plus conforme, & au texte & au sens véritable de la Loi *si unquam*. En effet, la véritable tendresse des peres pour leurs enfans, ne commence qu'à leur naissance, & on doit présumer, qu'ils n'auroient jamais été libéraux à leur préjudice, si la présence de leurs enfans eut réveillé en eux ces tendres sentimens d'affection paternelle que la nature grave dans les cœurs.

La survenance des enfans, au Donateur qui en avoit déjà lors de la Donation, n'est point une considération assez puissante, pour opérer la révocation de la Donation, comme l'a décidé la Loi *si totas Cod. de inoffic. donat.* & conformément à un Arrêt du Parlement de Bordeaux du 22 Juin 1648. (a) Notre Ordonnance s'en explique bien nettement. *Toutes donations faites entre-vifs, par personnes qui n'avoient point d'enfans ou descendans*

(a) Du Moulin, *Tractat de Donat. in Contrat. matrim. fact. n°. 5.*

(a) La Peyrere let. D. nomb. 83.

actuellement vivans. Dans ce dernier cas, les enfans dont la naissance est postérieure à la Donation, ainsi que ceux qui sont nés antérieurement, ont l'action de Légitime ; mais ni les uns ni les autres, n'ont le droit de faire révoquer la libéralité.

De quelque valeur que les Donations puissent être.

La Loi *si unquam* porte : *Bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus* ; ce qui a donné lieu à une grande contestation, entre les Docteurs qui ont interprété cette Loi, pour déterminer de quelle quantité la Donation devoit être, pour être sujette à révocation. Les uns portoient cette quantité au moins à moitié. D'autres en plus grand nombre, prétendoient qu'il suffisoit que la Donation fut de quelque partie, même au-dessous de la moitié, conformément au texte de la Loi *bona omnia vel partem aliquam*. Mais pour fixer la quotité de cette partie, ils ne se sont point encore accordés ensemble.

Denis Godefroi sur la Loi *si unquam* tient, que le mot *Aliqua*, s'entend, *infra dimidiam & de donatione aliquâ particulari, magnæ tamen æstimationis*. Jacques Godefroi sur le Code Théodosien, (dans lequel cette Loi a été insérée au titre *de revocandis donationibus*) dit aussi, qu'il faut que la Donation soit d'une partie considérable des biens *per modum quotæ*.

Selon Ricard (a) il faut examiner, si vraisemblablement le Donateur auroit fait la Do-

(a) Ricard des Donations part. III. Chap. 5. sect. 6.

nation , dans le cas où il auroit eu des enfans ; si cette Donation est considérable eû égard aux biens du Donateur ; si le Donataire est un proche parent ou un domestique , dont la considération ait pu porter le Donateur à excercer cette libéralité , &c.

(1) Plusieurs autres entrant dans le sentiment de Ricard , pensent aussi , qu'il faut avoir égard aux circonstances pour déterminer cette quantité ; & que par conséquent cette question dépend de l'arbitrage du Juge.

En consultant la Jurisprudence des Arrêts , on ne trouve point plus de stabilité , ni d'uniformité. Dans ceux qui ont prononcé la révocation des Donations par survenance d'enfans , il y a des Donations qui étoient de moitié , d'autres du tiers , & d'autres d'une chose particuliere.

Enfin notre Ordonnance a fixé tous les doutes , en interprétant ces paroles de la Loi *bona omnia vel partem aliquam* , suivant le sens littéral , & l'usage commun & ordinaire de parler , par *le tout ou quelque partie* , quel qu'elle puisse être. *De quelque valeur que soient les donations* , qu'elles soient grandes , qu'elles soient petites , tout cela est indifférent ; la seule & unique circonstance décisive , est de sçavoir , si le Donateur avoit ou non , des enfans ou petits enfans vivans lors de la Donation.

A quelque titre qu'elles aient été faites.

Cette disposition est générale , & n'excepte

(1) Fernand *ad leg. si unquam* nomb. 8.

Coquille quest. 292.

Maynard liv. 4 Chap. 12.

Julius Clarus , parag. *Donatio* quest. 22. nomb. 51

te pas même les Donations faites pour causes pies , qui sont toujours censées faites (ainsi que les autres ,) sous la condition tacite *si sine liberis* , lorsqu'elles sont émanées d'une personne qui n'avoit point d'enfans lorsqu'il a donné.

*Et encore qu'elles fussent mutuelles
ou rémunératoires.*

Les Donations rémunératoires & mutuelles , sembloient devoir être exceptées de la rigueur de la Révocation par survenance d'enfans. Car à l'égard des Donations mutuelles , tout y dépend d'un événement incertain , & comme il se peut faire , que le pere des enfans soit celui qui survive , & qui recueille les fruits de la Donation , elles peuvent être fort avantageuses aux enfans par l'événement. Papon en son Commentaire sur la Loi *si unquam* , étoit d'avis , qu'elles n'y étoient point sujettes , & il a été suivi par l'Auteur du Traité de la Révocation.

Quant aux Donations rémunératoires , tous les Auteurs (à la réserve de Cujas) & tous les Arrêts ont distingué , dans la Donation , le prix véritable des services , d'avec ce qui pouvoit excéder ce prix. C'est ce qu'a fait l'Arrêt du Parlement de Provence du 9 Février 1585. dont on a déjà parlé , lequel a ordonné la révocation de la Donation dont il s'agissoit , jusqu'à concurrence de ce qui excédoit les services. M. Maynard (a) en rapporte un pareil du Parlement de

[a] Maynard liv. 4. Chap. 12.

De la survenance d'Enfans. 185

Bordeaux , prononcé en Robes rouges en sa présence le 2 Juin 1571. Le Journal du Palais en fournit un autre du Parlement de Rouen , rendu le 5 Juillet 1672. qui révoqua , pour cause de survenance d'enfans , une Donation faite par une fille âgée de 30 ans à un de ses beaux-freres Avocat à Dieppe , du tiers de ses biens pour récompense de service , quoiqu'elle n'eut pas agi en révocation de son vivant , & néanmoins l'on y arbitra , à la somme de 300. liv. les services que le Donataire pouvoit avoir rendu. On pourroit encore y ajouter un Arrêt rendu au Parlement de Paris le 17 Janvier 1654. quoiqu'il soit dans l'espece d'un Testament , & non d'une Donation.

De toute cette Jurisprudence il résulte , que lorsque les services étoient constans , les Donations rémunératoires n'étoient révocables , par survenance d'enfans , que pour l'excédant de la valeur des services rendus.

Mais notre Ordonnance a soumis à la révocation par survenance d'enfans , même les Donations *mutuelles* & les *rémunératoires* , sans avoir égard aux services dont ces Donations pouvoient être le prix , du moins en partie ; sauf sans doute au Donataire ainsi dépouillé , à se pourvoir pour raison de ces services , s'ils sont de nature à lui donner action contre le Donateur ou ses héritiers.

Même celles qui auroient été faites en faveur de mariage , par autres que par les conjoints ou les ascendans.

La faveur des Contrats de mariage , si

précieusement conservée par notre Ordonnance dans toutes les autres occasions , n'a pu, en celle ci , mettre les Donations à l'abri de la révocation par survenance d'enfans , quoiqu'on put dire , que les conjoints ne se seroient point engagés dans les liens du mariage , & à supporter les charges d'une famille , si ce n'eut été par la considération des libéralités qu'ils avoient reçues. Notre Ordonnance , en assujettissant ces Donations si favorables à la regle générale de la révocation , n'a fait que suivre en cela , une Jurisprudence déjà constamment établie. La question fut d'abord décidée au Parlement de Paris , par un Arrêt célèbre prononcé en Robes rouges le 12 Avril 1551. Cet Arrêt déclara révoquée , par survenance d'enfans , une Donation que Charles du Moulin avoit faite à Ferri du Moulin son frere , par Contrat de mariage. Il a été suivi de plusieurs autres dans le même Parlement.

M. Mainard (a) rapporte plusieurs Arrêts du Parlement de Toulouse , qui ont jugé la même chose. Les Jurisconsultes s'accordent aussi sur ce point avec les Arrêts. (b)

De toutes les especes de Donations qui peuvent être faites par Contrat de mariage , l'Ordonnance n'en excepte que deux , de la révocation par survenance d'enfans ; ce sont 1^o. les Donations faites aux conjoints par leurs ascendants ; 2^o. celles que les conjoints se font l'un à l'autre. Les premieres jouissent

(a) Maynard , liv. 4. Chap. 12.

(b) Godefroy Not. J. *ad legem si unquam*.

Alexandre , liv. 4. conf. 21.

Rapon *ad legem si unquam* , pag. 41.

de cette exception , parce que les ascendans étant obligés de doter leurs descendans , se sont plutôt acquitté d'un devoir ou d'une dette , qu'ils n'ont exercé une libéralité , ainsi qu'on l'a déjà observé. Les secondes , parce que les conjoints en se gratifiant l'un l'autre par leur Contrat de mariage , ont nécessairement prévu la survenance des enfans qui étoit une suite ordinaire & naturelle de l'engagement qu'ils alloient contracter , & que d'ailleurs les enfans doivent tôt ou tard retrouver le fond de ces libéralités dans la masse des successions de leurs peres & meres.

Demeureront révoquées de plein droit.

Ce n'est point une simple faculté accordée au Donateur , de demander la révocation. C'est une révocation qui se fait de plein droit , en faveur des enfans qui surviennent au Donateur depuis la Donation. La Loi *si unquam* s'explique d'une manière aussi énergique , *totum quidquid largitus fuerat* , dit-elle , *revertatur , in ejusdem donatoris arbitrio ac dictione mansurum.*

Par la survenance d'un enfant légitime du Donateur , même d'un Posthume.

La Loi *si unquam* , dit , & *postea suscepit liberos* , ce qui est rendu par ces termes de l'Ordonnance *par la survenance d'un enfant du Donateur* : l'Ordonnance a ajouté *Légitime* , pour marquer , que les bâtards n'étant pas considérés comme faisant partie de la famille

du Donateur qu'ils ne peuvent représenter dans la vie civile, ils sont incapables de jouir des privilèges qui ne sont réservés qu'aux enfans légitimes. Mais il n'importe que cet enfant légitime soit né avant ou après le décès du Donateur. Il est de principe, que le posthume conserve dans le ventre de sa mere, les droits de sa naissance & les avantages que les Loix lui donnent. C'est pour cela que l'Ordonnance dit, *par la survenance d'un enfant légitime ou d'un posthume.*

Ou par la Légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, & non par aucune autre sorte de Légitimation.

Les bâtards, parmi nous, peuvent être légitimés en deux manieres; ou par le mariage subséquent, ou par lettres du Prince. Mais ces deux sortes de légitimations, ont des effets bien différens.

Le bâtard légitimé par le mariage subséquent de ses pere & mere, est remis dans le même état, que s'il étoit né de ce mariage, & jouit de tous les privilèges des enfans légitimes. De là, si le pere ou la mere ont fait avant leur mariage des Donations à des étrangers, ces Donations sont revoquées de plein droit par le bâtard légitimé, tout de même que par la naissance des enfans légitimes; quand même ce bâtard auroit été au monde, lorsque les Donations ont été faites; parce qu'on présume, que le pere n'a commencé à le regarder comme son enfant & son héritier, que du jour qu'il a épousé sa mere, &

qu'il a voulu paroître publiquement son pere légitime.

Cette prérogative qu'ont les légitimés par subféquent mariage, de révoquer les Donations faites par leur pere & mere, antérieurement à leur légitimation, leur a été confirmée avant l'Ordonnance par deux Arrêts célebres : le premier a été rendu au Grand Conseil le 19 Février 1544. sur une Donation faite par Bertrand de Pelgruë à son frere & par Contrat de mariage. L'Arrêt jugea cette Donation révoquée du chef des enfans naturels légitimés par subféquent mariage, le pere ayant épousé leur mere depuis la Donation. Du Moulin qui rapporte cet Arrêt ^(a) assure, qu'il a été rendu en très grande connoissance de cause. Le second Arrêt a jugé la même chose, dans les mêmes circonstances, à l'exception que ce n'étoit pas le frere qui avoit donné à son frere, mais l'oncle à ses neveux. Il a été rendu au Parlement de Paris le 4 Février 1606. sur une Donation faite par un nommé Chandon, & depuis prononcé en Robes rouges à Pâques ensuivant, par M. le Président Forget, qui avertit les Avocats que la Cour avoit fait *retentum*, que la Donation avoit été cassée par la légitimation faite *per subsequens matrimonium*, & que c'étoit ce que l'Arrêt avoit particulièrement jugé.

Mais il n'en est pas de même des bâtards légitimés par lettres du Prince. Quoique légitimés du consentement de leur pere, ils ne lui succèdent pas. Ces lettres ne sont néces-

(a) Du Moulin *tractat. de Donat. in contract. matrim. fact. n°. 83.*

faïres qu'aux enfans naturels des Rois & des Princes ; elles marquent la reconnoissance du pere , & par conséquent assurent leur état.

ARTICLE XL.

Ladite révocation aura lieu , encore que l'enfant du Donateur ou de la Donatrice fut conçu au tems de la Donation.

Cet Article confirme encore de plus en plus , que l'intention du Législateur a été d'établir la révocation par survenance d'enfans , indistinctement , dans tous les cas où le Donateur n'a point d'enfans actuellement vivans lors de la Donation ; sans avoir égard aux circonstances qui pourroient induire à croire , que le Donateur , quoique sans enfans , a prévu la naissance des enfans lors de la libéralité qu'il a faite. Car il ne peut y avoir de plus grande preuve de cette prévoyance de la part du Donateur , que la conception de l'enfant au tems de la Donation. Cependant l'Ordonnance décide , que , même dans ce cas , la Révocation doit avoir lieu. Un Arrêt du Parlement de Bordeaux du 17 Août 1673. rapporté dans la troisième partie du Journal du Palais, avoit de même jugé qu'une Donation faite par un frere , dont la femme étoit grosse de six mois , à son frere qui se marioit , étoit révoquée par la survenance d'un enfant.

A R T I C L E X L I.

La Donation demeurera pareillement révoquée , quand même le Donataire seroit entré en possession des biens donnés , & qu'il y auroit été laissé par le Donateur depuis la survenance de l'enfant ; sans néanmoins que ledit Donataire soit tenu de restituer les fruits par lui perçus de quelque nature qu'ils soient , si ce n'est du jour que la naissance de l'enfant où sa légitimation par mariage subséquent lui aura été notifiée par exploit ou autre Acte en bonne forme , & ce , quand même la demande pour rentrer dans les biens donnés , n'auroit été formée que postérieurement à ladite notification.

La Donation demeurera pareillement révoquée , quand même le Donataire seroit entré en possession des biens donnés & qu'il y auroit été laissé par le Donateur depuis la survenance d'enfans.

Il semble néanmoins , que lorsque le pere

Donateur a laissé le Donataire en possession des biens donnés depuis la survenance des enfans , il n'a point eu intention de révoquer la Donation ; mais au contraire , qu'il a toujours été dans le sentiment de préférer , quant aux biens donnés , le Donataire à ses propres enfans comme à lui-même : sur-tout s'il est mort , sans s'être servi de son droit contre le Donataire.

Ricard (a) est d'avis , que même dans le cas où le pere seroit mort , sans s'être déclaré , ses enfans , comme le représentant , ont droit de demander la révocation. M. Mainard & Charondas (b) rapportent des Arrêts des Parlemens de Paris & de Toulouse qui l'ont jugé ainsi. M. Louet & Montholon (c) qui rapportent l'Arrêt de Chandon (dont on a ci-devant parlé) témoignent aussi , que les enfans au cas de cet Arrêt , avoient commencé l'action en révocation , & obtenu des lettres après la mort de leur pere Donateur.

Cependant lorsque le pere a vécu un tems considérable , depuis la naissance de l'enfant , & qu'il a vu jouir son Donataire , sans parler de révocation , Ricard (dans la Sect. citée ,) seroit fort panché à croire , qu'après sa mort ses enfans ne peuvent inquiéter le Donataire ; la raison de son sentiment est fondée sur un principe qu'il s'est fait , que quoique la révocation s'opere de plein droit en

(a) Traité des Donations troisième Part. Chap. 5. sect. 5.

(b) M. Mainard liv. 6. Chap. 59.

Charondas en ses réponses liv. 9. Chap. 19.

(c) M. Louet let. D. nomb. 52.

Montholon , Chap. 108.

vertu de la Loi *si unquam*, elle a cependant besoin, pour son exécution, de la déclaration du Donateur. Mais pour peu qu'on lise avec quelque attention notre Ordonnance, il est aisé de sentir qu'elle établit des principes directement contraires, & que non-seulement, cette possession du Donataire depuis la survenance d'enfans du vivant & jusqu'au décès du Donateur, mais même une déclaration expresse du Donateur en faveur du Donataire, sont insuffisantes, pour empêcher l'effet de la révocation qui est de droit commun.

La Peyrere (a) croyoit, que trois circonstances devoient concourir en même tems, pour faire confirmer la Donation. La première, si le pere ne se plaignoit pas depuis la naissance des enfans : la seconde, si depuis ce tems, il avoit laissé jouir le Donataire des choses données : la troisième, si l'enfant qui avoit donné lieu à la révocation, étoit mort. Nous avons déjà examiné les deux premières circonstances : nous avons déjà vu ce que peuvent opérer en faveur du Donataire, le défaut de plainte du Donateur depuis la survenance d'enfans, & la jouissance paisible du Donataire depuis ce tems-là. Nous aurons occasion d'approfondir sur l'Article XLIII. ce que peut ajouter la circonstance du décès de l'enfant dont la naissance avoit donné lieu à la révocation.

Sans néanmoins que ledit Donataire soit tenu de restituer les fruits par lui perçus de quelque nature qu'ils soient,

(a) La Peyrere, let. D. nomb. 63.

si ce n'est du jour que la naissance de l'enfant ou sa Légitimation par subséquent mariage lui auront été notifiées par Exploit ou autre Acte en bonne forme.

La regle générale en matiere de restitution de fruits , est que le possesseur de bonne-foi fait les fruits siens. Or le Donataire , qui possède en vertu d'une Donation en bonne forme , est possesseur de bonne-foi , tant qu'il n'est point instruit que la Donation qui est son titre , est révoquée. Il fait donc les fruits siens , jusqu'à ce que la naissance de l'enfant , ou sa légitimation par subséquent mariage , lui soient notifiées. Mais aussi-tôt que cette notification lui est faite , quelque longue que soit sa possession par la suite , il devient possesseur de mauvaise foi , & par conséquent obligé à la restitution des fruits.

Et ce , quand même la demande pour rentrer dans les biens donnés , n'auroit été formée que postérieurement à ladite notification.

Tous les Auteurs , & entr'autres Ricard (a) décident , que les fruits ne sont dûs , que du jour de l'action , d'après ce qu'assure du Moulin , (b) qu'en l'Arrêt de Pellegru , &

(a) Ricard des Donations , Part. III. chap. 5. sect. 7.

(b) Du Moulin , tract. de donationib. in contract. matrim. fact. n. 83. & 84.

en celui intervenu à son profit , la restitution ne fut adjugée que du jour de la contestation en cause. M. Louet (4) dit aussi , qu'en l'Arrêt de Chandon de l'an 1506 les fruits furent adjugés du jour de la demande. Notre Ordonnance a adopté la décision de ces Arrêts , dans le cas où la demande & la notification de la naissance ou de la légitimation , n'ont qu'une seule & même date. Mais si cette notification étoit antérieure à la demande , comme le Donataire seroit devenu dès-lors possesseur de mauvaise foi elle veut qu'il soit tenu de restituer les fruits , non pas seulement du jour de la demande , mais du jour de la notification , quelque considérable que fut le tems écoulé entre la demande & la notification.

ARTICLE XLII.

Les biens compris dans la Donation révoquée de plein droit , rentreront dans le patrimoine du Donateur , libres de toutes charges & hypothèques du chef du Donataire , sans qu'ils puissent demeurer affectés , même subsidiairement , à la restitution de la Dot de la femme dudit Donataire , reprises , douaire , ou autres con-

(4) Louet. lettre D. nomb. 52.

ventions matrimoniales; ce qui aura lieu , quand même la Donation auroit été faite en faveur du mariage du Donataire & insérée dans le Contrat , & que le Donateur se seroit obligé comme caution, par ladite Donation , à l'exécution du Contrat de mariage.

Les biens compris dans la Donation révoquée de plein droit , rentreront dans le patrimoine du Donateur , libres de toutes charges & hypothèques du chef du Donataire.

On ne révoquoit point en doute , avant l'Ordonnance , que toutes les hypothèques & autres charges qui auroient pû être imposées par le Donataire sur les choses données , s'évanouissent par la révocation de la Donation. Tout le monde même convenoit , que le Donateur étoit en droit d'aller chercher jusques dans les mains des tiers détempteurs , les choses comprises dans la Donation révoquée , sauf à eux à se pourvoir contre leur vendeur , pour recouvrer le prix de leur acquisition. En effet , les créanciers hypothécaires du Donataire, ou les tiers détempteurs ont dû sçavoir , que le Donateur ne s'étoit dessaisi , que sous la condition tacite , que s'il avoit des enfans, la Donation seroit révo-

quée. Or cette condition étant échue , elle résout la Donation dès le principe , & opere le même effet , que si la Donation n'avoit jamais existé , & par conséquent elle l'affranchit de toutes charges du chef du Donataire.

Sans qu'ils puissent demeurer affectés , même subsidiairement , à la restitution de la dot de la femme dudit Donataire , reprises, doüaires, ou autres conventions matrimoniales. Ce qui aura lieu quand même la Donation auroit été faite en faveur du mariage du Donataire & insérée dans le Contrat.

La plûpart des Auteurs qui ont écrit avant l'Ordonnance , (a) (à l'exception de Ricard & de quelqu'autres) pensoient , que dans le cas des Donations faites en faveur de mariage , les biens du Donateur étoient subsidiairement obligés aux conventions matrimoniales de la femme. Le principal Arrêt qui ait donné lieu à cette opinion , est rendu en faveur de Charles du Moulin ; en déclarant la Donation par lui faite , révoquée par survenance d'enfans , il conserva l'hypothèque du Douaire de la femme de Ferry du Moulin son frere : au cas , dit l'Arrêt , que les biens du mari ne fussent pas suffisans pour cet effet. M. d'Olive témoigne aussi que cet

(a) Papon , liv. 2. tit. premier nomb. 19. & 20.

Carondas , liv. 3. Chap. 63. liv. 4. Chap. 3. de ses réponses.

Arrêt de du Moulin , a été le fondement d'un autre semblable intervenu à son rapport au Parlement de Toulouse le 12. Septembre 1636. qui , en déclarant la Donation faite par Michel la Roque à Michel Sabatier en faveur de son mariage avec Antoinette Alse-mare, révoquée & résolue par la naissance des enfans du Donateur , jugea néanmoins les biens contenus en la Donation affectés & hypothéqués à la femme pour la restitution de sa Dot & Augment , en cas d'insuffisance des biens de son mari.

Mais il auroit été facile de faire tomber & l'Arrêt de M. d'Olive , & celui de du Moulin qui lui sert de base , si , (comme le remarque Ricard) on eut été chercher la raison de la disposition de ce dernier Arrêt , dans du Moulin même. Cet Auteur nous apprend , que l'hypothèque subsidiaire n'y a été réservée à la femme de son frere Donataire sur les biens donnés , que parce qu'il y avoit consenti par un acte signé de sa propre main. Voici les termes dont il se sert. *Ex his satis liquet, hanc clausulam hypothecæ non fuisse appositam impropere , nec motu senatus : esset enim contra jus & contra concordem omnium sententiam , qui tenent pure & simpliciter resolvi per prædicta ; sed fuit apposita de expresso consensu meo , etiam manu propriâ scripto , & in acta relato. (a)*

C'est pourquoi notre Ordonnance , conformément au sentiment de Ricard , & sans s'arrêter au préjugé apparent de ces Arrêts , a mis la femme dans la classe de tous les autres

[a] Du Moulin , tract. de donat. in contract. matrim. fact. n. 86.

créanciers du Donataire, & lui a refusé l'hypothèque subsidiaire, même pour les Donations qui auroient eu son mariage pour objet, & qui seroient ensuite révoquées par la survenance des enfans du Donateur.

Et que le Donateur se seroit obligé comme caution par ladite Donation à l'exécution du Contrat de mariage.

Ricard (a) prétendoit, que dans l'espece où le Donateur par Contrat de mariage, se seroit obligé comme caution à l'exécution des conventions matrimoniales, non-seulement les biens compris dans la Donation, mais encore les autres biens du Donateur devoient y demeurer hypothéqués après la révocation de la Donation; parce qu'il a regardé ce cautionnement, comme une obligation particulière qui n'a pas un principe gratuit à l'égard de la femme.

L'Ordonnance s'est écartée sur cela de son avis, par ce motif sans doute, que c'est le même principe de libéralité envers les conjoints, de la part du Donateur qui a donné l'être à la Donation & au cautionnement; principe de libéralité, qui n'auroit pas vraisemblablement animé le Donateur pour des étrangers ou des collatéraux, s'il avoit prévu qu'il auroit des enfans. Ainsi, comme le cautionnement & la Donation dérivent d'une même cause, la même raison doit opérer la révocation & de l'un & de l'autre.

[a] Ricard des Donat. part. 3. Chap. 5. sect. 7.

ARTICLE XLIII.

Les Donations ainsi révoquées ne pourront revivre ou avoir de nouveau leur effet , ni par la mort de l'enfant du Donateur , ni par aucun Acte confirmatif ; & si le Donateur veut donner les mêmes biens au même Donataire , soit avant ou après la mort de l'enfant , par la naissance duquel la Donation avoit été révoquée , il ne le pourra faire que par une nouvelle disposition.

Les Donations ainsi révoquées ne pourront revivre ou avoir de nouveau leur effet , ni par la mort de l'enfant du Donateur.

Les sentimens ont encore été partagés avant l'Ordonnance sur la question de sçavoir , si le Donateur pourroit se prévaloir de la Loi *si unquam* , après la mort des enfans qui auroient donné lieu à la révocation ; ou si la Donation reprenoit sa force & vertu , après la mort des enfans , faite par le pere Donateur d'avoir agi de leur vivant.

Ricard (a) a embrassé le dernier parti , & se fonde sur un Artêt rendu en l'année 1619. par lequel la Cour a jugé , qu'un pere qui avoit eu des enfans depuis la Donation qu'il avoit faite , fut déclaré non recevable en la révocation qu'il en vouloit faire , par survenance d'enfans , en conséquence de ce qu'il avoit intenté son action après leur mort. Il est intervenu un autre Arrêt en l'Audience de la Grand'Chambre le 23 Avril 1640. dans l'espece d'une Donation de tous biens , faite par Pierre & Samuel Menjot freres au survivant des deux , laquelle fut confirmée , nonobstant le mariage de Pierre Menjot depuis la Donation & la survenance d'un enfant qui étoit mort , sans que le pere l'eut révoquée. On en trouve encore , dans le Journal du Palais , un plus récent donné le 13 Juillet 1680. en la quatrième Chambre des Enquêtes , au rapport de M. de la Garde , qui a confirmé une Donation faite par une femme au frere de son mari , comme ayant repris sa force , par le décès d'un enfant qui étoit survenu depuis , nonobstant les grandes conjectures de fideicommiss qui se rencontroient.

Pour l'opinion contraire , s'est déclarée presque l'universalité des Auteurs. (b) Leur raison est appuyée , sur ce que la révocation se faisant de plein droit par la naissance des enfans , la Donation une fois détruite par cette révocation , ne peut plus reprendre sa force , sans un nouveau consentement du Do-

(a) Ricard des Donations part. III. Chap. 5. sect. 6.

(b) Du Moulin , *tract. de inoff. test. n. 35.*

Tiraqueau *ad leg. si unquam. n. 204.*

Godefroy , Barthole , Coquille , &c.

nateur ; à l'exemple du testament , qui étant une fois annullé par la naissance d'un posthume qui avoit été prétérit , ne reprend pas la force , quoique le posthume décède incessamment après être venu au monde. *Posthumus præterito , quamvis natus illico decesserit , non restitui ruptum testamentum , juris evidentissimi est. Leg. uxoris. Cod. de Posth. hæredibus institutis.*

Malgré les Arrêts qui servent de fondement à l'avis de Ricard , le Législateur dans notre Ordonnance décide , comme la pluralité des Docteurs , que *les donations étant révoquées de plein droit par la survenance d'enfant , ne peuvent plus revivre par la mort de l'enfant du donateur , qui en avoit occasionné la révocation.*

Ni par aucun Acte confirmatif.

On pensoit communément avant l'Ordonnance avec Ricard , (a) qu'une Donation ratifiée par le Donateur depuis la survenance des enfans , ne pouvoit plus recevoir d'atteinte de la Loi *si unquam* , & que cet Acte confirmatif lui rendoit toute la force que la survenance des enfans sembloit lui avoir ôtée. Tiraqueau cependant à la fin de son excellent traité sur cette Loi *si unquam* , est d'un avis contraire ; & il a été suivi par notre Ordonnance qui décide nettement que cet Acte confirmatif supposant la Donation absolument anéantie par la révocation , est par conséquent

(a) Ricard , *ibid.*

incapable de lui rendre une force & une existence civile qu'elle n'a plus.

Et si le Donateur veut donner les mêmes biens au même Donataire , soit avant ou après la mort de l'enfant , par la naissance duquel la Donation avoit été révoquée , il ne le pourra faire que par une nouvelle disposition.

C'est une suite nécessaire des deux dispositions qui précèdent dans cet Article. En effet, si la mort des enfans qui avoient donné lieu à la révocation , ne peut faire revivre la Donation , quoique le Donateur n'ait fait aucunes poursuites du vivant de ses enfans , pour rentrer dans les héritages donnés ; si même un Acte confirmatif de la Donation faite par le Donateur , soit du vivant des enfans qui avoient opéré la révocation , soit après leur décès , ne peut rendre à la Donation sa première vigueur , il n'y a d'autre parti à prendre pour le Donateur qui voudroit conserver l'effet de sa première libéralité , que de faire une nouvelle Donation. C'est le sentiment de Barthole sur la Loi *si unquam* , qu'après la mort des enfans , la Donation ne peut avoir aucun effet , si elle n'est réitérée , encore qu'elle soit retombée dans un cas , *à quo incipere poterat*. C'est aussi le sentiment de Coquille sur la Coutume de Nivernois , tit. des Donations Article XIII.

ARTICLE XLVI.

Toute clause ou convention par laquelle le Donateur auroit renoncé à la revocation de la Donation par survenance d'enfans , sera regardée comme nulle & ne pourra produire aucun effet.

L'Ordonnance a jugé une question long-tems controversée , en décidant que le Donateur ne peut pas valablement renoncer à la révocation , par survenance d'enfans. Nombre de Jurisconsultes célèbres croyoient , que le Donateur pouvoit renoncer au bénéfice de la Loi *si unquam* (a)

D'autres non moins recommandables soutenoient le contraire (b). Ricard qui s'est aussi déclaré pour cet avis , (c) en prouve la solidité par plusieurs excellens raisonnemens qu'il seroit trop long de détailler ; le principal consiste à dire , que le motif de la Loi ne regarde pas tant le pere que les enfans , & qu'ainsi étant de regle de droit , qu'une personne ne

(a) Tiraqueau *ad leg. si unquam in præfat.*

Cujas sur la même Loi , & *in observ.* lib. 20. cap. 5.

Barthole *in leg. titia* , parag. *Imperator. dig. de legatis.*

(b) Du Moulin *tractat. de Donat. in contract. matrim. fact.*

Copuille , quest. 122. & sur la Coutume de Nivernois , tit. des Donat. Article XIII.

(c) Ricard des Donations part. III. Chap. 5. sect. 2.

peut renoncer au privilège qui est introduit en faveur d'un autre , le pere ne peut valablement renoncer au bénéfice d'une Loi , qui a pour but principal la considération de ses enfans.

Outre l'Ordonnance qui a embrassé ce sentiment , il avoit même auparavant pour lui une jurisprudence constante. Un Arrêt au Parlement de Paris , rendu le 6 Mars 1563. au profit des enfans d'un nommé Senechal , avoit jugé que la renonciation du pere étoit insuffisante , pour empêcher l'effet de la Loi *si unquam*. (a) La même chose s'est jugée au Parlement de Toulouse , au profit des enfans d'un nommé d'Abzon. (b) Stephanus rapporte un pareil Arrêt émané du Parlement d'Aix , le 9 Février 1583 , au jugement duquel il dit avoir préfidé. (c)

A R T I C L E X L V .

Le Donataire , ses héritiers & ayans cause , ou autres détempteurs des choses données ne pourront opposer la prescription pour faire valoir la Donation révoquée par la survenance d'enfans , qu'après une possession de trente années , qui ne pourront commencer à courir ,

(a) Carondas en ses réponses, liv. 9. Chap. 19.

(b) Mainard liv. 6. Chap. 58.

(c) Stephanus , décis. 35.

que du jour de la naissance du dernier enfant du Donateur , même posthume ; & ce , sans préjudice des interruptions telles que de droit.

Le Donataire , ses héritiers ou ayans cause , ou autres détempteurs des choses données ne pourront opposer la prescription , pour faire valoir la Donation révoquée par la survenance d'enfant , qu'après une possession de trente années.

Ricard (a) toujours imbu de son principe que , pour donner lieu à la révocation , il faut non seulement que le Donateur n'ait point d'enfans lors de la Donation , mais encore qu'il y ait sujet de croire par les circonstances particulières qu'il n'eut point fait la Donation , s'il eut prévu qu'il auroit des enfans , semble fort porté à penser que lorsque ce Donateur a laissé passer un tems un peu considérable sans agir depuis qu'il lui est venu un enfant , il perd en quelque sorte le droit que lui donne la Loi ; son motif est qu'on doit présumer que l'action qu'il intente après ce tems , ne procède que d'un caprice & d'un changement de volonté.

Il convient néanmoins que cette révocation étant une action personnelle ne se prescrit que

(b) Ricard des Donations part III. Chap. 5. sect. 7.

par trente ans , ainsi que l'a décidé le présent Article.

Mais ce qu'il y a de singulier dans la disposition de ce même Article , c'est que les tiers détempteurs même , sont assujettis à cette prescription de 30 ans aussi bien que les Donataires & leurs héritiers ; cette décision est contraire à la règle générale des prescriptions , suivant laquelle les tiers détempteurs prescrivent par une possession de dix ans , entre présens , & vingt ans , entre absens , avec titre & bonne foi ; & ce , quand même ils auroient acquis d'un usurpateur.

Qui ne pourront commencer à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du Donateur , même posthume.

L'Ordonnance ne se contente pas d'étendre la nécessité de la prescription de trente ans en cette matière , même jusqu'au tiers détempteurs : elle veut encore que cette prescription ne commence à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du Donateur , même Posthume. Cependant s'il est vrai de dire , que la prescription ne court point contre celui qui ne peut agir , *contra valentem agere non currit præscriptio* , par le principe contraire la prescription doit courir contre quiconque peut agir , & dès l'instant qu'il peut agir. Or le Donateur peut agir dès l'instant de la naissance du premier enfant pour exercer la révocation de sa Donation. Il sembleroit donc que la prescription devroit commencer à courir dès la naissance du premier enfant ; & l'on pensoit ainsi avant l'Ordonnance.

Mais s'il est permis , de pénétrer dans le motif toujours sage du Législateur , lorsqu'il ordonne , que la prescription ne commencera que du jour de la naissance du dernier enfant , même posthume , ce motif a été , que la révocation n'ayant été introduite qu'en faveur des enfans , il ne seroit pas juste de punir la négligence ou la mauvaise honte des peres , dans la personne des enfans , que la Loi a principalement eu en vûe de favoriser.

Et ce , sans préjudice des interruptions telles que de droit.

Comme si le pere Donateur étoit mort pendant le cours de 30 ans , & qu'il eut laissé des enfans en minorité ; ou bien , si on avoit formé contre le Donataire , avant les 30 ans , une demande pour rentrer dans les héritages donnés , & que cette demande ne fut point périe. Je ne fais même aucun doute , qu'un simple Acte de notification de la naissance de l'enfant , ou de la légitimation par subséquent mariage , sans aucune demande pour rentrer dans les héritages donnés , ne soit suffisant pour interrompre la prescription.

ARTICLE XLVI.

N'entendons comprendre dans les dispositions de la présente Ordonnance ce qui concerne les dons mutuels & autres Donations faites entre maris & femmes , autrement que

que par le Contrat de mariage , ni pareillement les Donations faites par le pere de famille aux enfans , étant en sa puissance ; à l'égard de toutes lesquelles Donations il ne sera rien innové jusqu'à ce qu'il ait été autrement par nous pourvu.

N'entendons comprendre dans la disposition de la présente Ordonnance , ce qui concerne les dons mutuels.

Il n'y a jamais eu qu'un avis pour décider, quoique les enfans qui naissent après le Don mutuel , le rompent *ipso facto* , cependant , si ces enfans prédécèdent leur pere & mere , le Don mutuel rentre dans sa force , sans une nouvelle stipulation ; parce que l'Article CCXC. de la Coutume de Paris n'exige autre chose , si ce n'est , qu'il n'y ait point d'enfans vivans , lors de l'ouverture du Don mutuel. Cette maxime est fondée sur plusieurs Arrêts. Carondas (livre 7 de ses réponses ,) rapporte un Arrêt qui l'a jugé ainsi le 18 Mai 1584. Le premier volume du Journal des Audiences , en contient deux autres semblables , mais plus récents ; l'un est du 25 Mai 1625. & l'autre du 14 Mai 1648.

Quelques Auteurs (a) ont même été jusqu'à soutenir , que quand il y auroit eu des enfans

(a) Du Plessis sur Paris , des Donat. liv. 2. chap. 2. sect. 2.

lorsque le Don mutuel a été fait , il pouvoit valoir , bien que fait dans un tems prohibé , si ces enfans prédécédoient leur pere & mere.

Dumoulin a modifié cette opinion , dans sa Note sur l'Article CCXXII. de l'ancienne Coutume d'Orléans , qui dispose de la Donation mutuelle entre mari & femme , comme la Coutume de Paris ; il y prétend , que si les conjoints par mariage , n'ayant qu'un seul enfant moribond qui donnoit peu d'espérance de vie , s'étoient fait , dans cette incertitude , une Donation mutuelle l'un à l'autre de leurs meubles & acquêts , & que depuis l'enfant fut décédé , la Donation seroit valable. *Quid si habebant filium moribundum , & faciunt donationem mutuam in casum quo ille præmoriatur sine liberis , pro ut contigit ; an valeat donatio ? Respondi , quod sic , quia concurrat jus commune & mens consuetudinis.*

Et autres Donations faites entre maris & femmes , autrement que par contrat de mariage.

Comme le but du mariage est d'avoir des enfans , les Donations mutuelles faites entre maris & femmes par Contrat de mariage , ont été nommément affranchies de la révocation , dans l'Article XXXIX. de l'Ordonnance. Et en effet , c'est un principe confirmé par nombre d'Arrêts , que ces sortes de Donations n'ont jamais été sujettes à la révocation , par survenance d'enfans. Pour épargner la longueur du détail , on fera seulement mention

d'un Arrêt rapporté au Journal du Palais , en date du 12 Mars 1680. qui a confirmé une Donation faite par Contrat de mariage entre deux conjoints , où l'on avoit stipulé , qu'en cas d'enfans qui pourroient survenir , la Donation reprendroit sa force , s'ils venoient à décéder avant l'âge de 25 ans.

Quant aux Donations faites entre maris & femmes autrement que par Contrat de mariage , elles ne méritent pas tant de faveur que les premières , & l'Ordonnance fait une grande distinction entre les unes & les autres. L'Article XXXIX. excepte irrévocablement celles faites par Contrat de mariage de la Loi *si unquam* , mais le présent Article ne conserve aux Donations faites autrement que par Contrat de mariage la même exception , que pour ainsi dire jusqu'à nouvel ordre. On trouve pourtant dans le Journal du Palais , un Arrêt rendu en la quatrième Chambre des Enquêtes au rapport de M. de la Garde , pour MM. Voysin le 13 Juillet 1680. qui a jugé valable une Donation faite entre mari & femme , autrement que par Contrat de mariage , dans laquelle étoit stipulé , que la Donation auroit lieu , en cas que les enfans qui surviendroient vinssent à mourir avant un certain âge ; le cas prévû étoit arrivé.

Ni pareillement les Donations faites par le pere de famille aux enfans étant en sa puissance..

Le Droit Romain n'a pas toujours été uniforme dans ses dispositions sur les Donations.

faites par les peres de famille aux enfans étant en leur puissance. L'ancien Droit ne les souffroit point, si ce n'est, lorsqu'elles étoient faites en les émancipant : il étoit seulement permis de leur accorder l'administration d'un pecule, tant que duroit l'autorité paternelle : *Si pater filio quem in potestate habet, donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet usu : quoniam nulla donatio est. Leg. 1. §. 1. Dig. pro donat.* Et dans le cas même, où le fils venoit à être émancipé après la Donation, elle n'avoit point pour cela effet, à moins que le pere ne la ratifiât expressement, ou du moins tacitement : *Pater qui filia quam habuit in potestate, mancipia donavit, & peculium emancipata non ademit, ex post facto donationem videtur perfecisse. Leg. donationes 31. §. pater Dig. de donationibus.* Ensuite l'Empereur Justinien voulut, que la Donation faite par le pere de famille à son fils, demeurât confirmée par la mort du pere, pour valoir comme Donation à cause de mort, si le pere n'avoit pas changé de volonté.

Mais à considérer les choses dans la rigueur des principes, ni cette confirmation qui s'operoit par la mort du pere, ni cette ratification expresse ou tacite qu'il en faisoit de son vivant après l'émancipation, ne pouvoient faire valoir une Donation qui étoit nulle dans son principe : *Quod ab initio non valet, tractu temporis convalescere nequit.* Tant que le fils est sous la puissance de son pere, à l'exception de son pecule, tout ce qu'il acquiert est pour son pere ; les Donations qui lui sont faites, retournent à son pere. En un mot, il n'est qu'une seule & même personne avec son pere

Par conséquent, lorsque le pere de famille donne aux enfans étant en sa puissance, c'est de même que s'il se donnoit à lui-même, & par une suite nécessaire, comme s'il ne donnoit point. Or qui dit, *ratifier ou confirmer*, suppose une chose qui existoit déjà; ce qui ne se peut rencontrer dans l'espece, puisque réellement & véritablement il n'y a aucune Donation. Il faudroit donc, pour faire revivre ces Actes, quelque chose de plus qu'une confirmation & qu'une ratification: *qui confirmat, nihil dat*. Et la seule chose, selon moi, capable de donner à ces Donations un être qu'elles n'ont jamais eu, ce seroit de les renouveler entierement.

A l'égard de toutes lesquelles Donations il ne sera rien innové, jusqu'à ce qu'il ait été autrement par nous pourvu.

L'affranchissement de la Loi générale des Donations, que le Législateur veut bien ici conserver aux Dons mutuels, aux Donations entre conjoints faites autrement que par Contrat de mariage, & à celles faites par le pere de famille aux enfans étant en sa puissance, n'est point, comme on le voit, une disposition permanente; c'est plutôt un privilège de tolérance qu'il se réserve de réformer & d'annéantir, quand il le jugera à propos.

A R T I C L E XLVII.

Voulons au surplus que la présente Ordonnance soit gardée &

observée dans tout notre Royaume, Terres & Pays de notre obéissance, à compter du jour de la publication qui en sera faite ; abrogeons toutes Ordonnances, Loix, Statuts & Usages différens, ou qui seroient contraires aux dispositions y contenues, sans néanmoins que les donations faites avant la dite publication, puissent être attaquées sous prétexte qu'elles ne seroient pas conformes aux règles par nous prescrites ; Notre intention étant qu'elles soient exécutées, ainsi qu'elles auroient pû & dû l'être auparavant, & que les contestations nées & à naître sur leur exécution soient décidées suivant les Loix & la Jurisprudence qui ont eu lieu jusqu'à présent dans nos Cours à cet égard.

Cette dernière disposition de l'Ordonnance nous apprend, qu'elle n'a prétendu régler que les Donations postérieures à sa publication ; qu'à l'égard de celles qui pourroient être antérieures, elles ne sont point af-

ſujetties aux regles qui y ſont preſcrites ; & que les conteſtations auſquelles ces Donations antérieures pourront donner lieu dans la ſuite , ſeront décidées par les Loix & la Jurisprudence particuliere de chaque Cour. C'eſt pourquoi bien que ces Loix & cette Jurisprudence ſe trouvent détaillées dans différens Auteurs , on a cru entreprendre un ouvrage utile & même néceſſaire au Public , en ſ'attachant avec exactitude à mettre ſous un même point de vûe , & à repréſenter comme dans un même tableau , ce qui ſe pratiquoit avant l'Ordonnance dans chaque Parlement , & ce que l'Ordonnance a adopté , changé & ajouté dans l'ancienne Jurisprudence ; on ſ'eſt flatté , que par le ſecours des obſervations qu'on a faites ſur chaque diſpoſitions des différens Articles , les Lecteurs ſeront non ſeulement à portée de juger de la validité des Donations antérieures à l'Ordonnance , mais encore de pénétrer davantage l'eſprit de l'Ordonnance même , & d'en faire plus aiſément l'application aux Donations poſtérieures à ſa publication qui ſont ſon ſeul & véritable objet.

Si donnons en Mandement à nos Amés & Féaux les Gens tenans nos Cours de Parlement , Grand-Conſeil , Chambre des Comptes , Cour des Aides , Baillifs , Sénéchaux , & tous autres nos Officiers, que ces Présentes ils gardent, observent, entretiennent, faſſent garder, observer & entretenir, &

pour les rendre notoires à nos sujets, les fassent lire, publier & registrer : CAR tel est notre plaisir. DONNE' à Versailles au mois de Février, l'an de grace mil sept cens trente-un, & de notre Règne le seizième, signé LOUIS, & plus bas par le Roi, Phelypeaux. Visa Chauvelin. Et scellé du grand Sceau de cire verte.

*Dattes des Enregistremens des Cours
Souveraines.*

P A R L E M E N S.

D'Aix, 4 Avril
De Besançon, 28 Mai
De Bordeaux, 19 Juillet
De Dijon, 4 Juin
De Douay
De Grenoble, 25 May
De Metz, 5 Avril
De Paris, 9 Mars
De Pau
De Rennes, 16 Avril
De Rouen, 27 Juillet
De Toulouse, 14 Juillet

} 1731.

Conseils Souverains.

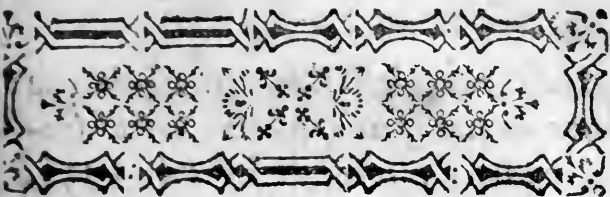
D'Alsace, 5 Avril
De Roussillon, 5 Avril

Chambre des Comptes.

Dauphiné, 27 Avril

} 1731.

ORDONNANCE



ORDONNANCE

D E S

TESTAMENS.

P R E A M B U L E.

L O U I S , par la grace de Dieu ,
Roi de France & de Navarre :
A tous présens & à venir : SALUT.
Dans la résolution générale que nous
avons prise , de faire cesser toute di-
versité de Jurisprudence entre les
différentes Cours de notre Royaume ,
sur les matieres où elles suivent les
mêmes Loix , nous avons donné notre
premiere attention aux questions qui
naissent sur les dispositions que les
hommes font de leurs biens à titre

T

gratuit ; & c'est dans cet esprit que nous avons fait publier notre Ordonnance du mois de Février 1731. qui fixe la Jurisprudence sur ce qui regarde la nature , la forme , les charges & les conditions des Donations entre-vifs. Nous suivons à présent l'ordre naturel , en portant nos vues sur un autre genre de dispositions gratuites , c'est-à-dire , sur celles qui se font à cause de mort , & où la Loi permet aux hommes d'exercer un pouvoir qui s'étend au-delà des bornes de leur vie. L'opposition qui régne à cet égard entre l'esprit du Droit Romain , toujours favorable à la liberté indéfinie des Testateurs & celui du Droit François , qui semble n'avoir travaillé qu'à restreindre & à limiter leur pouvoir , peut être regardé à la vérité comme la première origine d'une variété de Jurisprudence qui se fait sentir dans cette matière encore plus que dans aucune autre. Mais la principale cause d'une si grande diversité , a été l'incertitude que

les sentimens des Interprètes , souvent contraires les uns aux autres , & quelquefois aux Loix mêmes qu'ils expliquent , semble avoir répandu dans les Jugemens. Ce n'est pas seulement sur des questions peu intéressantes que les esprits se sont partagés ; c'est sur les points même les plus essentiels de la Jurisprudence pour assurer la validité & l'effet des dernières volontés. Tels sont les solennités où la forme extérieure des dispositions Testamentaires , l'institution d'héritier , le vice de la préterition des enfans du Testateur , la maniere de laisser ou de fixer la Légitime , les différentes détractions , soit de cette portion sacrée dont le privilege est fondé sur la Loi naturelle , soit de celle que des Loix positives accordent aux héritiers institués , sous le nom de Quarte falcidie & de Quarte Trebellianique , le droit d'Élection donné par le Testateur à son héritier , enfin l'exécution & l'effet des dispositions que le do-

micile du Testateur , le lieu où le Testament a été fait & la situation des biens semblent assujettir à des règles différentes , ou même contraires. C'est sur des matieres si importantes que nous jugeons à propos de rendre la Jurisprudence uniforme dans tous les Tribunaux de notre Royaume. Notre intention n'est point de faire dans cette vûe , un changement réel aux dispositions des Loix qu'ils ont observées jusqu'à présent. Nous voulons au contraire en affermir l'autorité par des regles tirées de ces Loix mêmes , d'une manière si précise, que l'incertitude & la variété des maximes ne soit plus désormais une matiere toujours nouvelle d'inquietude pour les Testateurs, de doutes pour les Juges & de procès ruineux même pour ceux qui les gagnent. Nous ne pouvions parvenir plus sûrement à un si grand bien, qu'en nous faisant rendre un compte exact des usages & maximes de chaque Parlement ou Conseil supérieur de notre Royaume , sur la matiere

des Testamens , ainsi que nous l'avons fait sur celle des Donations entre-vifs ; & nous y avons eû la même satisfaction , de voir ces Compagnies souvent divisées dans leurs opinions , mais toujours unies par l'amour de la Justice , tendre également , quoique par des voyes différentes , au grand objet du bien public. Quand nous n'aurions fait que nous déterminer entre ces voyes , pour en autoriser une seule , l'établissement d'une regle fixe & certaine , auroit toujours été un grand avantage pour nos sujets. Mais notre affection pour eux a été encore plus loin ; & dans le choix que nous étions obligé de faire , nous avons toujours préféré la règle la plus conforme à cette simplicité , qui a été appelée l'amie des Loix , parce qu'elle prévient ces distinctions ou ces interprétations subtiles , dont on abuse si souvent pour en éluder la disposition , sous prétexte d'en mieux pénétrer l'esprit. C'est ainsi qu'en éloignant tout ce

qui peut rendre les jugemens incertains & arbitraires , nous remplirons le principal objet de la Loi , qui est de tarir , autant qu'il est possible , la source des procès , d'affermir la tranquillité & l'union des Citoyens , & de leur faire goûter les fruits de cette Justice , que nous regardons comme le fondement du bonheur des Peuples & de la gloire la plus solide des Rois. A CES CAUSES , & autres à ce Nous mouvans , de l'avis de notre Conseil , & de notre certaine science , pleine puissance & autorité Royale. Nous avons dit , déclaré & ordonné , disons , déclarons , & ordonnons , voulons & nous plaît ce qui suit.



Distribution générale.

LE Plan général de l'Ordonnance des Testamens peut se diviser en quatre Parties principales.

La première concerne les *formalités* des différentes espèces de Testamens.

La seconde , les *Témoins Testamentaires*.

La troisième , *l'Institution d'héritier*.

La quatrième enfin comprend plusieurs *dispositions particulières* qu'on a cru devoir rassembler sous un même Titre.

TITRE PREMIER.

Des Formalités des Testamens.

L'Ordonnance du mois d'Août 1735. a regardé les formalités en matière de Testamens, comme si sagement établies pour empêcher la suggestion, & pour assurer la liberté des Testamens, que depuis l'Article premier jusqu'à l'Article XXXVIII, elle n'est occupée qu'à prescrire celles qui sont nécessaires à la perfection des différentes espèces de Testamens. Le Législateur auroit pu sans doute ramener sur ce point, à une seule & même Loi, tous les peuples soumis à son obéissance; & ce parti auroit semblé le plus capable de remplir le but d'unité & de simplicité qu'il s'est proposé. Mais voulant bien se prêter au préjugé naturel qu'a cha-

que peuple pour les usages dans lesquels il est né , il a laissé à chaque Province ses Loix & ses Coutumes particulières : & il s'est contenté d'y réformer ce qui étoit défectueux , d'y fixer ce qui étoit douteux & incertain ; & d'y retrancher ce qui n'étoit pas marqué au coin du bien public , qui doit être le principe & l'ame de toutes les formalités.

Ces formalités ont dans l'Ordonnance quatre objets principaux.

1°. *Les Testamens des Pays de Droit Ecrit.*

2°. *Les Testamens des Pays Coutumiers.*

3°. *Les Testamens Militaires.*

4°. *Les Testamens faits en tems de Peste.*

Pour plus grande facilité , on partagera ces quatre objets en autant de Chapitres , dans chacun desquels on examinera les Articles de l'Ordonnance qui ont

rapport à chacun de ces objets en particulier.

CHAPITRE PREMIER.

Des formalités des Testamens en Pays de Droit Écrit.

Nous n'entrerons point dans le détail des différentes espèces de Testamens qui étoient autrefois en usage chez les Romains. Nous n'approfondissons point quelles étoient les formalités de ceux qui se faisoient *calatis comitiis*, *in procinctu*, & *per æs & libram*. Comme ces trois sortes de Testamens ne sont plus depuis long-tems en usage & ont fait place à d'autres d'une forme infiniment plus simple & plus naturelle, cette recherche seroit plus curieuse qu'utile.

Nous observerons seulement, que l'Ordonnance distingue pour les Pays de Droit écrit, trois sortes de Testamens dont elle règle les formalités ; sçavoir : les Testamens *nuncupatifs*, les Testamens *mystiques* ou *secrets*, & les Testamens *faits entre enfans & descendans*.

Quant aux Testamens *nuncupatifs* :

on en connoissoit autrefois de deux sortes , les *nuncupatifs proprement dits* ; c'est-à-dire , ceux qui se faisoient par la seule nuncupation & sans écriture , & les *nuncupatifs écrits*. L'Article I. de l'Ordonnance abroge entièrement l'usage des *nuncupatifs proprement dits* ; l'Article II. va même jusqu'à proscrire les Testamens faits par signes , quoique rédigés par écrit sur le fondement des signes ; & l'Article III. étend la même prohibition aux Testamens faits par lettres missives. Les Articles IV. V. & VI. reglent la forme des Testamens *nuncupatifs écrits* ; l'Article VII. ajoute quelques formalités aux précédentes , lorsque le Testateur est aveugle. Enfin l'Art. VIII. décide , si un muet peut faire un Testament *nuncupatif écrit*.

A l'égard des Testamens *mystiques* , l'Article IX. en prescrit la forme ; les Articles X. XI. & XII. distinguent ceux qui peuvent tester de cette maniere d'avec ceux qui ne le peuvent. L'Art. XIII. contient une exception à quelques dispositions précédentes, & l'Art. XIV. traite des *Codiciles*.

Enfin les Articles XV. XVI. XVII. & XVIII. établissent les regles particulieres auxquelles sont assujettis les Testamens & dispositions à cause de mort , *entre enfans & descendans*.

ARTICLE PREMIER.

Toutes dispositions Testamentaires ou à cause de mort de quelque nature qu'elles soient , seront faites par écrit. Déclarons nulles toutes celles qui ne seront faites que verbalement , & deffendons d'en admettre la preuve par Temoins , même sous prétexte de la modicité de la somme dont il auroit été disposé.

Toutes dispositions Testamentaires à cause de mort de quelque nature qu'elles soient , seront faites par écrit. Déclarons nulles toutes celles qui ne seront faites que verbalement.

Ces deux dispositions sont une suite l'une de l'autre ; car si tout Testament doit être fait par écrit , celui qui n'est fait que verbalement , est irrégulier. Elles diffèrent cependant , en ce que la seconde de ces deux dispositions , ajoute à la première la peine de nullité.

Originairement néanmoins les Testaments nuncupatifs n'étoient faits que verbalement ; ils n'exigeoient ni écriture , ni signature du Testateur , ni souscription des témoins. Pour

vu que le Testateur eut déclaré intelligiblement sa volonté en présence de sept personnes , tout étoit accompli : *Sed hæc quidem de Testamentis quæ scriptis conficiuntur , sufficiunt : si quis autem sine scriptis voluerit ordinare jure civili Testamentum , septem testibus adhibitis , & suâ voluntate coram eis nuncupatâ , scias hoc perfectissimum Testamentum jure civili , firmumque constitutum. Inst. t. lib. 2. tit. 10. de Testam. ordin. 14. §. ult. sed hæc quidem.* Lors de la nuncupation du Testament , il ne s'en faisoit aucune rédaction par écrit. Mais le tout se conservoit dans la mémoire des témoins , comme un dépôt fidel. Après le décès du Testateur , ils se transportoient chez le Magistrat , & là , on dressoit un procès verbal pour servir de preuve du Testament , après toutéfois que les témoins avoient juré sur la vérité de leurs dépositions. *Leg. ult. §. si vero. Cod. de Testam.*

Mais on a reconnu depuis l'abus & les inconvéniens qui pouvoient résulter de ce défaut d'écriture. C'est pourquoi dans les Provinces du Royanme qui sont soumises au Droit écrit , on a introduit l'usage de faire recevoir les Testamens nuncupatifs par un Notaire , en présence de sept témoins. Néanmoins , cet usage n'y étoit point regardé comme une solennité nécessaire à la validité du Testament , mais comme une preuve plus sûre du Testament en lui-même. Car ces Provinces avoient toujours conservé la liberté de se servir de la première forme , à l'exception des Pays de Droit écrit , qui sont du ressort du Parlement de Paris , ou depuis l'Ordonnance de Moulins , (dont l'Article LIV. dé-

fend la preuve par témoins au-dessus de cent livres) les Testamens nuncupatifs proprement dits, n'ont plus été tolérés. Mais à l'égard des autres Parlemens, il n'en étoit pas de même. M. d'Expilly (a) nous atteste, que la liberté du choix des deux formes de Testamens nuncupatifs, a été conservée au Parlement de Grenoble. M. Maynard (b) dit qu'au Parlement de Toulouse, on admettoit non-seulement les Testamens nuncupatifs non écrits, mais même y ayant un Testament écrit, on y recevoit la preuve des dispositions qui n'étoient pas contraires à celles qui se trouvoient écrites. Automne (c) assure qu'on pensoit de même au Parlement de Guyenne. Néanmoins selon la Peyrere, (d) le même Parlement de Guyenne ne recevoit aucune preuve par témoins des Testamens nuncupatifs.

L'Article présent de notre Ordonnance, en confirmant & étendant même l'Ordonnance de Moulins, a retranché tout-à-fait cette espece dangereuse de Testamens, par laquelle l'on confioit à la seule memoire d'un certain nombre de témoins, des dispositions souvent immenses, & qui comprenoient la succession entiere d'une personne. Et en adoptant la Jurisprudence du Parlement de Paris, il exige que toutes dispositions testamentaires soient faites par écrit à peine de nullité.

Deffendons d'en admettre la preuve par

(a) D'Expilly, Recueil d'Arrêt Chap. 171. & 172.

(b) Maynard, Liv. 5. Chap. 23.

(c) Automne sur l'Article LIV. de la Coutume de Bordeaux.

(d) La Peyrere lettre T. nomb. 119.

Témoins , même sous prétexte de la modicité de la somme dont il auroit été disposé.

L'Article LIV. de l'Ordonnance de Moulins ne proscrivoit la preuve par témoins , qu'au-dessus de cent livres ; & comme les Parlemens qui avoient rejeté les Testamens nuncupatifs non écrits , ne s'y étoient déterminés que sur le fondement de l'Ordonnance de Moulins , il s'ensuivoit , que même dans ces Parlemens , lorsque la somme ou la valeur de la chose dont le Testateur avoit disposé , n'excédoient pas cent livres , il n'étoit pas besoin d'écrit , & que la preuve s'en pouvoit faire par témoins. C'est aussi ce qui se jugeoit au Parlement de Paris , quoique l'espece d'une disposition si modique soit assez rare. Mais notre Ordonnance , étendant en cela celle de Moulins , ne veut pas que la modicité de la somme soit un prétexte pour faire subsister une disposition verbale , & défend même , en ce cas , la preuve par témoins.

A R T I C L E I I.

Déclarons pareillement nulles toutes dispositions qui ne seroient faites que par signes , encore qu'elles eussent été rédigées par écrit sur le fondement desdits signes.

Déclarons pareillement nulles toutes dis-

positions qui ne seroient faites que par signes.

Les Loix Romaines ont permis à ceux qui, à l'extrémité de la vie, avoient perdu l'usage de la parole, de disposer de leurs biens à titre de fidei-commis *par signes*, pourvu que les signes fussent si évidens, qu'ils pussent servir à faire connoître avec certitude, qu'elle avoit été la volonté du deffunt, & que cette volonté fut certifiée par cinq témoins.

Le Parlement de Toulouse avoit adopté cet usage (a).

On suivoit la même Jurisprudence au Parlement de Bordeaux. (c) Mais la Jurisprudence du Parlement de Paris a toujours été contraire. Henrys (c) fait mention d'un Arrêt qui a rejeté un semblable Testament, quoiqu'il fut fait par un pere entre ses enfans; & l'Ordonnance est conforme à cette Jurisprudence.

En effet, si elle a cru devoir bannir les Testamens purement nuncupatifs, quoique la volonté du Testateur y ait été clairement énoncée en présence de sept témoins, à combien plus forte raison a-t-elle dû exclure les Testamens qui n'ont pour fondement que les signes incertains d'une volonté mourante.

Aussi voyons-nous, que le Roi de Prusse a exclu cette forme de tester dans ses Etats; (d) ce Prince a même été plus loin, (e) en abolissant

(a) D'Olive, liv. 5. Chap. 18.

Maynard, liv. 5. Chap. 6. & 7. & liv. 8. Chap. 59.

(b) Automne sur l'Art. LIV. de la Cout. de Bordeaux.

(c) Henrys, Liv. 5. quest. 8.

(d) Code Frédéric, Part. II. liv. 7. tit. 2. parag. 9. n. 3. à la fin. Edit. de 1752. in-12. à Halle, p. 425.

(e) Ibid. parag. 13. & 22. pp. 430 & 432.

les Testamens mystiques & holographes , & en ordonnant que tous les Testamens solennels , c'est-à-dire autres que les privilégiés , seroient faits judiciairement , ou présentés à une Cour de Justice : on n'y met au rang des Testamens privilégiés , (a) que les Testamens faits , ou par des peres entre leurs enfans , ou par des militaires étant en campagne , ou par toute sorte de personnes en teins de peste. Mais les ménagemens que notre Législateur a cru devoir observer pour les usages des Pays de Droit écrit quant aux Testamens mystiques , & pour ceux des Pays Coutumiers à l'égard des Testamens holographes , ne lui ont pas permis de prendre ce parti.

Encore qu'elles eussent été rédigées par écrit sur le fondement desdits signes.

Les signes , par eux-mêmes , ne peuvent être que des présomptions plus ou moins équivoques de la volonté. Par conséquent l'écriture dont ces signes sont le principe , portant avec soi le même caractère d'incertitude , elle ne peut donner un plus grand degré d'évidence & de certitude de la volonté du défunt dont les signes sont émanés.

On trouve néanmoins dans le Journal du Palais , un Arrêt rendu au Parlement de Paris le 9 Août 1683. qui a confirmé un Testament fait sur interrogation , par un particulier qui ne pouvoit s'énoncer , que par *Oui* & par *Non* , pour avoir été attaqué d'apoplexie

deux ans auparavant ; mais il s'étoit expliqué aux Notaires par signes & par jettons. Il est vrai qu'il avoit mis entre leurs mains, un premier Testament qu'il révoquoit, avec un Mémoire des parens qu'il vouloit gratifier ; & que même il avoit depuis déclaré devant le Sénéchal de Lyon, qu'il approuvoit le Testament. Malgré des circonstances aussi favorables, un pareil Testament ne seroit pas aujourd'hui confirmé.

A R T I C L E I I I.

Voulons aussi que les dispositions qui seroient faites par Lettres missives, soient regardées comme nulles & de nul effet.

Nombre de Loix ont décidé, que les fidéicommiss pouvoient être laissés par lettres missives. (a) Mais il falloit le suffrage de cinq témoins outre la lettre : *Et in epistolâ vel libello fidei-commissum relinqui posse, adhibitis testibus quinque, nulla dubitatio est.* (b)

M. de Cambolas (c) rapporte un Arrêt du Parlement de Toulouse intervenu le 22 Février 1616. qui a jugé conformément à ces Loix.

Le sixième Tome du Journal du Palais ;

[a] L. Cum Pater 77. parag. Donationis & L. Testator 89. D. de Legat 2. L. Cum hæredes 7. Cod. qui Testam. fac. poss.

(b) L. & in Epistola 22. Cod. de fidei-com.

(c) Cambolas, Liv. 6. Chap. 5.

fournit encore un Arrêt donné au Parlement de Paris en la troisième Chambre des Enquêtes le 28 Juin 1678. au rapport de M. Portail qui a confirmé un Testament holographe fait par une simple lettre missive, quoique la Testatrice eut marqué qu'elle avoit dessein de faire un Testament, mais que son intention étoit, en cas qu'elle fut prévenue, que le Légataire se mit en possession de certaines choses énoncées dans la lettre.

Les mêmes motifs qui ont engagé le Législateur à rejeter les Testamens faits par signes, quoique rédigés par écrit sur le fondement des signes, l'ont aussi porté à proscrire ceux faits par lettres missives. Qu'on ne dise point, que la volonté du défunt est beaucoup plus certaine dans ce dernier cas, que dans l'autre. Car ce n'est pas assez pour la validité d'un Testament, que la volonté du Testateur soit connue; il faut encore, qu'on soit assuré que cette volonté a été libre & non suggérée; ce qui ne se peut connoître, que par l'exécution des formalités qui ont été jugées convenables & nécessaires, pour empêcher la suggestion.

A R T I C L E I V.

L'usage des Testamens nuncupatifs écrits & des Testamens mystiques ou secrets continuera d'avoir lieu dans les Pays de Droit Ecrit & autres où lesdites formes de tester

*sont autorisées par les Coutumes
ou Statuts.*

*L'usage des Testamens Nuncupatifs écrits
& des Testamens Mystiques ou secrets,
continuera d'avoir lieu dans les Pays
de Droit écrit.*

L'Ordonnance, après avoir abrogé dans le premier Article les Testamens nuncupatifs purs & simples qui avoient eu lieu jusqu'alors en Pays de Droit écrit, conserve, dans celui-ci, l'usage des Testamens nuncupatifs écrits, qui ne sont pas sujets aux mêmes inconvéniens. L'Article suivant contient les regles qui y sont prescrites, & par l'examen desquelles on verra, que les Testamens nuncupatifs écrits, tels qu'ils sont admis par l'Ordonnance, & les Testamens connus dans le Droit Romain, sous le nom de Testamens solennels, n'ont entr'eux aucune différence réelle.

L'usage des Testamens mystiques ou secrets, est aussi autorisé par l'Ordonnance en Pays de Droit écrit : voici quelle étoit autrefois la forme de ces sortes de Testamens. Le Testateur, après avoir écrit ou fait écrire son Testament, le mettoit dans une enveloppe cachetée de son sceau, qu'il présentoit au Notaire en présence de sept témoins priés par lui Testateur. Ensuite le Notaire écrivoit sur l'enveloppe, qu'un tel jour en présence de tels & tels témoins suffisamment requis & appelés, le Testateur avoit présenté un papier

plié, qu'il avoit dit être son Testament, de laquelle Déclaration le Testateur avoit requis Acte au Notaire & aux témoins, en les priant d'en porter témoignage, & pour cet effet, de signer l'Acte & d'y apposer leurs sceaux, ce qu'ils avoient fait avec le Testateur & le Notaire, en se servant par tel témoin de tel sceau. Après que cet Acte étoit signé du Notaire & des témoins, le Testateur signoit aussi, ou faisoit signer un huitième témoin en sa place.

Quand le Testateur étoit décédé, ceux qui prétendoient avoir quelque droit au Testament, faisoient appeler les héritiers présomptifs devant le Juge du domicile du Testateur, pour voir procéder à l'ouverture du Testament, & les témoins pour reconnoître si leurs sceaux étoient sains & entiers; après quoi le Testament devoit avoir son exécution, s'il ne s'y trouvoit aucun défaut, ou qu'il n'eût point été valablement révoqué.

Voilà ce qui s'observoit avant l'Ordonnance, par rapport à ces sortes de Testamens; nous examinerons sur les Articles suivans qui en traitent, ce qui a été changé ou conservé dans ces formes. Il nous suffit d'avoir observé sur l'Article dont il s'agit, que l'usage de ces Testamens y a été conservé pour les Pays de Droit écrit.

*Et autres où lesdites formes de tester sont
autorisées par les Coutumes ou
Statuts.*

Les Testamens nuncupatifs sont admis par

plusieurs Coutumes qui ne suivent pas d'ailleurs le Droit Romain. La Coutume d'Amiens (Article LVI.) parmi les différentes formes de tester qu'elle admet , autorise expressément les Testamens nuncupatifs en ces termes : *Ou que le Testateur ait déclaré sa volonté en présence de quatre témoins , idoines & suffisans , non légataires & n'ayant intérêt audit Testament , la Coutume de Laon Article LIX. celle de Châlons Article LXVIII. celle de Melun Article CCXIV. celle de Valois Article CLXX. s'expriment précisément dans les mêmes termes.*

ARTICLE V.

Lorsque le Testateur voudra faire un Testament Nuncupatif écrit , en prononcera intelligiblement toutes les dispositions , en présence au moins de sept Témoins , compris le Notaire ou Tabellion , lequel écrira lesdites dispositions mesure qu'elles seront prononcées par le Testateur ; après quoi sera faite lecture du Testament entier audit Testateur , de laquelle lecture il sera fait mention par ledit Notaire ou Tabellion , & le Testament sera signé par le Testateur

ensemble par le Notaire ou Tabellion & par les autres Témoin, le tout de suite & sans divertir à autres Actes ; & en cas que le Testateur déclare qu'il ne sçait ou ne peut signer, il en sera fait mention.

Lorsque le Testateur voudra faire un Testament Nuncupatif écrit, il en prononcera intelligiblement toutes les dispositions.

La première des formalités prescrites par l'Ordonnance pour la perfection des Testaments nuncupatifs, est que toutes les dispositions en soient prononcées par le Testateur, d'une manière intelligible ; & en effet le terme *nuncupatif* le porte. Car, comme dit fort bien la Loi 21. *D. de Testam. qui nuncupat, debet palam nuncupare, ita ut à testibus exau-
diri possit.* Le fameux Arrêt du mois d'Août 1602. rapporté par Henrys (a) exige la même chose. Nous aurons bientôt occasion d'entrer dans le détail de cet Arrêt.

En présence au moins de sept Témoin, compris le Notaire ou Tabellion.

Cette disposition a deux parties importan-

[a] Henrys liv. 5. quest. 7.

tes ; la premiere concerne le nombre des témoins ; la seconde , la nécessité de faire le Testament nuncupatif écrit devant Notaire.

Quant au nombre des témoins , le Droit civil avoit bien requis la présence des témoins pour la solennité des Testamens ; mais il n'en avoit pas marqué le nombre. Ce fut le Préteur , qui par son Edit , en fixa le nombre sept. C'est ce que Justinien nous apprend dans ses Institutes. (a) *Sed cum paulatim , (y est-dit ,) tam ex usu hominum quam ex Constitutionum emendationibus , cœpit in unam consensuantiam Jus civile & Pretorium jungi , constitutum est , ut uno eodemque tempore , quod Jus civile quodam modo exigebat , septem testibus adhibitis , & subscriptione testium , quod ex Constitutionibus inventum est , & ex Edicto Pretoris signacula Testamentis imponerentur : ita ut hoc jus tripartitum esse videatur : & testes quidem & eorum presentia , uno contextu Testamenti celebrandi gratiâ , à Jure civili descendant : subscriptiones autem Testatoris & testium , ex sacrarum Constitutionum observatione adhibeantur : signacula autem & testium numerus , ex Edicto Pretoris.*

A l'égard de la nécessité de faire le Testament nuncupatif écrit pardevant Notaire , ce n'en étoit point une jusqu'à l'Ordonnance. Il n'y a aucune Loi civile qui l'ait prescrit. Il est vrai , que c'étoit depuis long-tems , un usage de le faire ainsi dans les Provinces de Droit écrit , & cet usage étoit infiniment louable & rendoit la vérité du Testament bien plus certaine , que si c'eut été un témoin sans ca-

[a] *Instit. lib. 2. tit. 10. Qui Testamenta facere possunt* parag. 2.

raftere qui eut écrit l'Acte. C'est pourquoi, le Législateur a jugé à propos d'adopter cet usage, & d'en faire une regle constante pour l'avenir ; mais afin de se concilier avec les Loix civiles qui ne requierent que le nombre de *sept témoins*, l'Ordonnance ajoute, que le Notaire ou Tabellion pourra faire partie de ce nombre.

*Lequel écrira lesdites dispositions à mesure qu'elles seront prononcées
par le Testateur.*

Quelque sage que fut l'usage pratiqué dans le Pays de Droit écrit, de faire les Testamens nuncupatifs devant Notaires, cependant comme c'est le propre de la fragilité humaine, en voulant éviter un écueil, de retomber dans un autre, cet usage produisit un grand inconvénient. Car les Notaires se rendirent les maîtres des Testamens, & les rédigèrent à leur volonté. Les Testateurs n'y avoient souvent d'autre part, qu'un simple témoignage de consentement, ou la réponse d'un monosyllabe aux interrogations du Notaire. Souvent même leur silence étoit pris pour un acquiescement, & suppléoit à l'expression libre & non équivoque de leur volonté. Ce désordre fut arrêté par l'Arrêt du dernier Août 1602. dont nous avons déjà parlé. Cet Arrêt rendu en la Chambre de l'Edit, sur l'appel d'une sentence du Bailli de Forest, entre André Robert d'une part, & Ursule Renoul d'autre, déclara nul le Testament de Margueritte Renoul, condamna

le Notaire aux dépens de l'instance de faux , & par forme de Règlement , fit défenses à ce Notaire , & aux autres Notaires du Bailliage de Forest , sur peine de faux & de privation de leurs états de Notaires , d'écrire & de recevoir aucuns Testamens , que premièrement le Testateur ou la Testatrice n'eussent , en la présence de sept témoins requis par la disposition du Droit écrit , déclaré intelligiblement leur dernière volonté , sans aucune suggestion ou induction. L'Ordonnance a encore enchéri sur ce prudent Règlement , qui n'exige autre chose , sinon que le Testateur déclare intelligiblement sa volonté , avant que le Notaire écrive , & semble par là , laisser à ce Notaire , la liberté de rédiger & d'expliquer à son gré le sens de la déclaration du Testateur. Elle assujettit le Notaire à écrire littéralement les dispositions des Testateurs , à mesure & telles qu'ils les prononcent , sans qu'il puisse rien y ajouter ni y diminuer.

Après quoi sera fait lecture du Testament entier audit Testateur.

Nous ne trouvons aucune Loi Romaine , qui fasse une règle générale de la lecture du Testament au Testateur après sa rédaction. S'il s'en trouve quelques-unes , c'est pour des cas particuliers , comme la Loi première *dig. ad Legem Cornel. de fals. §. inter filium* , qui veut que le Testateur fasse mention en la souscription , *quod illi dictavi & recognovi* , pour empêcher , que celui qui , ayant été employé par le Testateur à écrire son Testament , y avoit

inféré une disposition en sa faveur, ne pût être sujet à la peine du *Senatusconsulte Libonien*.

La Loi *hac consultiſſimâ C. qui Testam. fac. poss.* requiert aussi pour les Testamens des aveugles, que la lecture en soit faite par le Notaire au Testateur & aux témoins : *Testamentum à Tabulario recitetur Testatori simul & testibus*.

Mais, hors ces cas, on jugeoit, que cette lecture n'étoit point une formalité nécessaire, & dont l'omission put opérer la nullité de l'Acte. M. de la Rocheſſavin (a) fait mention d'un Arrêt général prononcé au Parlement de Toulouse le 14 Septembre 1567. qui a confirmé un Testament, quoiqu'il n'eut point été lû & relû au Testateur, après avoir été rédigé par écrit.

Il est vrai qu'au Parlement de Paris, l'Arrêt du mois d'Août 1602. déjà cité, après avoir défendu au Notaire d'écrire aucun Testament que le Testateur n'eut auparavant déclaré intelligiblement sa volonté, ordonne encore, que le Testament, après avoir été écrit par le Notaire, sera lû & relû. Cependant quoique cet Arrêt semble avoir été fait pour servir de reglement en cette matiere, quelques Auteurs, du nombre desquels est Ricard, (b) prétendent, que même au Parlement de Paris, il n'a point eu d'exécution ; & pour confirmer ce qu'il avance, cet Auteur rapporte un Arrêt rendu en l'Audience de la Grand'Chambre le Lundi 21 Juillet 1653. au

(a) Rocheſſavin, Arrêts Notables liv. 4. lettre T. tit. 5. Article II.

(b) Ricard des Donations, Part. I. Chap. 5. sect. 3. n. 1364. & suivans.

Rolle de Lyon, qui conformément aux conclusions de M. l'Avocat Général Bignon, a ordonné l'exécution d'un Testament fait en Pays de Droit écrit, par une femme qui avoit disposé de deux maisons de valeur de 1500 liv. ou environ, au profit des Religieuses de Sainte Catherine de Sienne. La Cour n'eut aucun égard aux moyens des enfans de la Testatrice, qui alléguoient entr'autres choses que le Testament ne lui avoit point été lû & relû.

Néanmoins comme cette lecture, jusqu'à présent regardée en Pays de Droit écrit comme formalité surabondante, est peut-être une des plus nécessaires, non seulement pour faire agir le Testateur avec maturité & réflexion, mais encore pour assurer à la postérité l'inaltération de sa volonté, l'Ordonnance en a fait une Loi expresse, à laquelle il n'est plus à présent permis de se refuser nonobstant la Jurisprudence contraire.

De laquelle lecture il sera fait mention par ledit Notaire ou Tabellion.

En général, tout Acte assujetti à une forme dont dépend sa validité, doit contenir la preuve que cette forme a été remplie, pour pouvoir être exécuté. Autrement on courroit toujours le risque de faire valoir un Acte informe, comme s'il étoit régulier. Ainsi la mention de la lecture qu'exige cet Article dans le corps de l'Acte même, est d'une nécessité si absolue, que la preuve testimoniale ne pourroit y suppléer, sur-tout depuis la

prohibition contenue en l'Ordonnance de 1667. (a) par laquelle il est défendu de recevoir aucune preuve par Témoins, non-seulement contre, mais encore outre le contenu aux Actes.

Et le Testament sera signé par le Testateur, ensemble par le Notaire ou Tabellion & par les autres Témoins.

La Loi *hac Consultissima C. de Testam.* exige nécessairement la signature des Témoins, ainsi que notre Ordonnance. *Subscriptiones autem Testatoris & Testium ex sacrarum constitutionum observatione adhibeantur.* Il falloit même encore, suivant l'avis de la plupart des Docteurs, dans l'ancien usage, que chaque Témoin écrivit de sa main qu'il avoit souscrit le Testament d'un tel, à peu près en cette forme ; *Ego Joannes Petri Testamentum subscripsi, & ce conformément à la Loi, singulos 30. de Testam.* dont voici les termes : *singulos testes, qui testamento adhibentur, proprio chirographo annotare convenit, quis & cujus Testamentum signerit* ; ce qui ne pouvoit avoir lieu que dans les Testamens faits, avant l'Ordonnance, sous signatures particulières du Testateur & des Témoins ; parce qu'en ce cas, chaque personne doit faire foi qu'il a satisfait à la fonction pour laquelle il a été appelé. Mais comme les Testamens postérieurs à l'Ordonnance ont dû, d'après cet Article, être faits en présence d'une personne publique qui pût faire foi pour

(a) Ordonnance de 1667. tit. 20. Art. II.

tous de la manière dont les choses se sont passées par forme de procès-verbal, il suffit qu'il parle seul dans l'Acte, & que les autres Témoins le souscrivent.

L'Ordonnance, en exigeant la signature du Testateur & des Témoins, ne fait que confirmer, à l'égard des Testamens, ce qui avoit déjà été statué par les anciennes Ordonnances à l'égard de tous les Contrats en général. L'Ordonnance d'Orléans (a) porte : *Seront tenus les Notaires de faire signer aux parties & aux Témoins instrumentaires, (s'ils savent signer,) tous Actes & Contrats qu'ils recevront, dont ils feront expresse mention, à peine de nullité desdits Contrats & Actes, & d'amende arbitraire.* L'Ordonnance de Blois (b) s'explique presque en même termes. *Tous Notaires ou Tabellions, (y est-il dit,) tant Royaux qu'autres, soit en Pays Coutumier ou de Droit écrit, seront tenus faire signer aux Parties & aux Témoins instrumentaires, s'ils savent signer, tous Contrats & Actes, soit de Testamens ou autres qu'ils recevront, dont ils feront mention tant en la minute que grosse qu'ils en délivreront, à peine de nullité desdits Contrats, Testamens ou Actes, & d'amende arbitraire.*

Quelques précises que soient les dispositions de ces Ordonnances, tant pour le Pays Coutumier que pour celui de Droit écrit, elles ont pourtant trouvé de la résistance, sur-tout au Parlement de Toulouse, lequel, quoique dans l'usage de faire rédiger par écrit les Testamens Nuncupatifs sur les Registres des Notaires

[a] Ordonnance d'Orléans, Article LXXXIV.

[b] Ordonnance de Blois, Article CLXV.

Royaux , n'a pas cru que le défaut de signature des Testateurs & des Témoins y fut d'une grande considération ; d'autant qu'on y pensoit que l'écriture n'y étoit pas employée en cette occasion pour la solennité , mais pour la preuve de l'Acte , & pour exempter les héritiers institués & les légataires de la peine qui se rencontre à faire ouïr les Témoins après la mort des Testateurs. C'est ce que M. d'Olive , (a) aussi bien que M. de Cambolas confirment par divers Arrêts de ce Parlement,

Boniface rapporte aussi un Arrêt du 5 Février 1654. qui prouve que le Parlement de Provence n'a pas été plus exact observateur de l'Ordonnance à cet égard (b).

Mais on a été plus scrupuleux sur ce point au Parlement de Paris (c).

*Le tout de suite & sans divertir à
autres Actes.*

Toutes les Loix sur cette matière nous annoncent , comme une formalité essentielle , la nécessité de faire le Testament , *uno contextu* , sans aucun intervalle & sans vacquer par le Testateur & les Témoins à d'autres affaires. La Loi *hâc Consultissimâ. Cod. qui Testam. fac. poss. & de Testamentis* , a confirmé & réitéré sur cela les dispositions des Loix précédentes. Mais quelques Jurisconsultes avoient prétendu pousser la rigueur de cette Loi jus-

[a] D'Olive , quest. de droit , liv. 5. Chap. 5.
Cambolas , liv. 2. Chap. 44.

[b] Boniface , Tome 2 page 10.

[c] Henrys , Tome 2. liv. 5. question 10.

qu'à ne vouloir pas qu'il fut permis au Testateur & aux Témoins de vacquer, pendant les solemnités des Testamens, aux nécessités les plus pressantes. L'Empereur Justinien, dans la Loi *Cum Antiquitas*, 28. *Cod. de Testam.* a réduit les choses dans des bornes raisonnables, en voulant que le Testament ne puisse être argué de nullité, quoique les solemnités en soient interrompues par des actions qu'il ne pouvoient être omises, sans interesser la santé du Testateur ou des Témoins. Or comme notre Ordonnance ne fait que confirmer la Loi *hac Consultissimâ*, on ne doute point qu'elle ne souffre la même exception.

Et en cas que le Testateur déclare qu'il ne sçait ou ne peut signer, il en sera fait mention.

Cette dernière disposition de notre Article est conforme aux Ordonnances d'Orléans & de Blois : dans l'Article LXXXIV. de l'Ordonnance d'Orléans, déjà cité, il est dit, qu'*au cas que les Parties ou témoins ne sçauront point signer, les Notaires ou Tabellions feront mention de la réquisition par eux faite aux Parties ou Témoins de signer, & de leur réponse qu'ils ne sçavent signer.* Dans l'Article CLXV. de l'Ordonnance de Blois, ce sont précisément les mêmes termes répétés.

Mais ce qu'il faut soigneusement remarquer, c'est que notre Ordonnance ne dit pas, à l'instar de celles d'Orléans & de Blois, que si le Testateur & les Témoins ne sçavent signer, il en sera fait mention ; elle ne parle

que du Testateur seul & nullement des Témoins. La cause de cette différence se trouvera développée dans les Articles XLIV. & XLV. qui suivent, où l'on verra qu'on ne doit admettre pour Témoins dans les Testamens que gens qui sçachent signer, si ce n'est dans deux cas. 1°. Dans les Testamens militaires & dans ceux faits en tems de peste: & la raison en est palpable. Il n'y a personne qui ne sente que dans ces deux rencontres on ne peut pas choisir les Témoins, & qu'il faut nécessairement se servir de ceux qui se trouvent. 2°. Lorsque le Testament est fait autre part que dans des Villes ou Bourgs fermés, & que le nombre de deux Témoins n'est pas suffisant pour la solennité, comme dans l'espèce présente: encore en ce cas faut-il qu'il y en ait au moins deux qui sçachent signer.

A R T I C L E V I.

Il suffira que les Témoins qui assisteront au Testament Nuncupatif écrit, y aient été presens tous ensemble, sans qu'il soit nécessaire de faire mention qu'ils aient été priés & convoqués à cet effet; ce qui aura lieu pareillement à l'égard de tous les Testamens & autres Actes de dernière volonté, où la presence des Témoins est nécessaire.

Il suffira que les Témoins qui assisteront au Testament Nuncupatif écrit, y aient été présens tous ensemble, sans qu'il soit nécessaire de faire mention qu'ils aient été priés & convoqués à cet effet.

La Loi *hac Consultissima* ne se contentoit pas que les Témoins assistassent & fussent présens tous ensemble ; elle vouloit encore qu'ils eussent été priés & convoqués exprès. *Sint Testes Rogati.*

Notre Ordonnance supprime avec justice cette formalité comme inutile & superflue. Qu'importe en effet que les Témoins aient été priés ou non, pourvû qu'ils aient prêté librement leur ministère ? Dans cette suppression l'Ordonnance s'est même conformée à une autre Loi, qui décide formellement qu'il n'est pas nécessaire que les Témoins aient été mandés exprès, pourvû qu'avant que de procéder au Testament on leur fasse entendre qu'ils y vont être employés comme témoins, c'est la Loi *Hæredes Palam §. in Testamentis Dig. de Testam.* où cette maxime, *sint Testes Rogati* est ainsi expliquée: *quod sic accipiendum ut licet ad aliam rem sint rogati, vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur ad Testamentum se esse adhibitos, possunt testimonium suum recte perhibere.*

Ce qui aura lieu pareillement à l'égard de tous les Testamens & autres Actes

*de dernière volonté ou la présence des
Témoins est nécessaire.*

C'est-à-dire que le Prince veut bien aussi
affranchir de la formalité de la convocation
expresse des Témoins, les Testamens mysti-
ques, les partages entre enfans, les Codici-
les, les Testamens des Pays coutumiers, les
Testamens militaires & faits en tems de pes-
te, en un mot, (comme le porte l'Article,)
toutes les dispositions de dernière volonté où
la présence des Témoins est nécessaire.

ARTICLE VII.

*Si le Testateur est aveugle, ou si dans
le tems du Testament il n'a pas
l'usage de la vûe, il sera appelé
un Témoin outre le nombre porté
par l'Article V, lequel signera le
Testament avec les autres Té-
moins.*

*Si le Testateur est aveugle où si dans le
tems du Testament il n'a pas l'usage
de la vue.*

Comme les personnes privées de l'usage de
la vûe sont plus exposées à être trompées que
d'autres, les Loix ont toujours ajouté, en
leur faveur, quelques formalités de surcroit

pour rendre la preuve de leurs dernières volontés, plus certaine & plus complète. Au reste, il n'est pas nécessaire pour cela, que le Testateur soit absolument aveugle; pourvu qu'il n'ait pas l'usage de la vûe lors du Testament, quand bien même son indisposition ne seroit que momentanée, il est astreint aux mêmes formalités, attendu que la raison est la même dans l'un & l'autre cas.

Il sera appelé un Témoin outre le nombre porté par l'Article V. lequel signera le Testament avec les autres Témoins.

La Loi *hâc consultissimâ* dont on a déjà tant parlé, & qui est le siège de la matière, ordonne qu'un homme aveugle ne pourra faire qu'un Testament nuncupatif, en présence de sept témoins & d'un Notaire qui rédigera son Testament par écrit; & au cas qu'il n'y ait point de Notaire, la même Loi veut, qu'il fasse venir en sa place un huitième témoin, & que tous les témoins fouscrivent au Testament.

L'Ordonnance a suivi l'esprit & la disposition de cette Loi, quoiqu'elle n'ait point admis la même alternative de prendre pour huitième témoin, ou un Tabellion ou un particulier. Et en effet la Loi dont il s'agit, ne donne cette alternative, que parce que dans les Testamens nuncupatifs écrits ordinaires, les Loix Romaines n'assujettissoient point à se servir du ministère d'une personne publique. Mais notre Ordonnance ayant jugé à

propos , de donner force de Loi à l'usage qui s'étoit introduit en Pays de Droit écrit de faire , pour plus grande sûreté , les Testamens nuncupatifs écrits devant un Notaire en présence de sept témoins , elle s'est contentée , en confirmant la disposition générale pour les Testamens de ceux qui sont privés de la vûe , d'ordonner en outre , qu'on y appellera un huitième témoin , qui signera avec les autres le Testament. Ce qui est conforme à un Arrêt du Parlement de Provence du 7 Décembre 1655. (a)

ARTICLE VIII.

Si le Testateur ne peut parler , soit par un défaut naturel ou autrement , il ne pourra faire de disposition à cause de mort , que dans la forme portée par les Articles IX. & XII. cy-après.

Ceux qui ne peuvent parler , ne peuvent faire de Testament nuncupatif. Car qui dit Testament nuncupatif , dit Testament prononcé & articulé par le Testateur , ce qui ne peut être exécuté par celui qui n'a point l'usage de la parole.

La maniere dont ces sortes de personnes peuvent faire un Testament , est expliquée dans les Articles IX. & XII. qui suivent.

(a) Boniface , Tome II. page 9.

ARTICLE IX.

Lorsque le Testateur voudra faire le Testament mystique ou secret , il sera tenu de signer ses dispositions , soit qu'il les ait écrites lui-même , ou qu'il les ait fait écrire par un autre ; & sera le papier qui contiendra lesdites dispositions , ensemble le papier qui servira d'enveloppe , s'il y en a une , clos & scellé avec les précautions en tel cas requises & accoutumées : le Testateur présentera ledit papier , ainsi clos & scellé , à sept Témoins au moins , y compris le Notaire , ou Tabellion , ou il le fera clore & sceller en leur présence , & il déclarera que le contenu audit papier est son Testament écrit & signé de lui , ou écrit par un autre & signé de lui : ledit Notaire ou Tabellion en dressera l'Acte de suscription qui sera écrit sur ledit papier ou sur la feuille qu

*servira d'enveloppe ; & sera le-
dit Acte signé , tant par le Testa-
teur , que par le Notaire ou Ta-
bellion , ensemble par les autres
Témoins , sans qu'il soit necessai-
re d'y apposer le sceau desdits Te-
moins. Tout ce que dessus sera fait
de suite & sans divertir à autres
Actes ; Et en cas que le Testa-
teur , par un empêchement surve-
nu depuis la signature du Testa-
ment , ne puisse signer l'Acte de
suspension , il sera fait mention
de la déclaration qu'il en aura
faite , sans qu'il soit besoin en
ce cas d'augmenter le nombre
des Témoins.*

*Lorsque le Testateur voudra faire le Tes-
tament mystique ou secret , il sera te-
nu de signer ses dispositions , soit qu'il
les ait écrites lui même , ou qu'il les
ait fait écrire par un autre.*

L'Ordonnance n'assujettit point le Testa-

teur , à écrire toutes les dispositions du Testament mystique. Elle lui laisse le choix , ou de l'écrire en entier, ou de le faire écrire par un autre. Mais dans ce dernier cas , elle exige sa signature , comme nécessaire pour attester & rendre constantes des dispositions qui n'ont que lui pour témoin.

La même Ordonnance permet pourtant à ceux qui ne savent pas écrire , de faire aussi un Testament mystique ou secret ; mais pour suppléer au défaut de signature du Testateur , elle prescrit d'autres formalités détaillées dans l'Article suivant.

Et sera le papier qui contiendra lesdites dispositions , ensemble le papier qui servira d'enveloppe , s'il y en a une , clos & scellé avec les précautions en tel cas requises & accoutumées.

Suivant le droit établi par le Digeste , il étoit nécessaire que le Testament mystique fut enveloppé trois ou quatre fois d'un lin , & c'étoit sur ce lin qui enveloppoit le Testament , que les sceaux étoient apposés. (a)

La Loi *hâc consultissimâ* a conservé cette formalité , en laissant toutefois au Testateur , la liberté d'envelopper le Testament , comme il le jugeroit à propos. *Sancimus* , porte cette Loi , *licere per scripturam conficientibus Testamentum , si nullum scire volunt ea quæ in eo scripta sunt , consignatam vel ligatam , vel tan-*

[a] Leg. ad Testum. 22 parag. ult. D. de Testam.
Et Leg. 1. parag. ult. D. de bonore poss. secund. tab.

tum clausam involutamque proferre scripturam, vel ipsius Testatoris, vel cujus libet alterius manu conscriptam, eamque, rogatis testibus septem numero, civibus Romanis, puberibus omnibus, simul offerre signandam & subscribendam.

L'Ordonnance n'a pas suivi à la lettre la disposition de la Loi *hâc consultissimâ*, qui laisse au Testateur la liberté, ou de sceller ou de lier le Testament mystique *consignatam vel ligatam*; ou simplement de le plier & de l'envelopper, *vel tantum clausam involutamque proferre scripturam*. Elle veut au contraire, que le Testament soit non-seulement clos, mais encore scellé & cacheté, & même l'enveloppe, s'il y en a une, pour en assurer davantage le secret.

Le Testateur présentera ledit papier ainsi clos & scellé, à sept Témoins au moins, y compris le Notaire ou Tabellion, ou il le fera cloré & sceller en leur présence.

Cette disposition est tirée de la Loi *hâc consultissimâ Cod. Qui Testam. fac. poss. & de Testamentis*, qui enjoint au Testateur de présenter son Testament clos & scellé à sept témoins; *consignatam vel ligatam, vel tantum clausam involutamque proferre scripturam eamque testibus septem numero... simul offerre signandam & subscribendam.*

Ulpien (a) décrit la formule dont le Testa-

[a] Ulpien tit. 20. de Test.

teur se servoit , en présentant son Testament aux témoins , de cette sorte. *Tabulas Testamenti Testator tenens ita dicit hæc ; uti his tabulis cartisve scripta sunt , ita do , ita lego , ita testor , ita , vos Quirites , testimonium præbitote.* Justinien parle de cette formule dans la Nouvelle XIX. où il dit , *veteres Testamenta scripta testibus offerebant , & eos clausarum tabularum perhibere testimonium postulabant.*

Et il déclarera que le contenu audit papier est son Testament écrit & signé de lui , ou écrit par un autre & signé de lui.

Notre Ordonnance est encore conforme en cela à la Loi *hæc consultissimâ* qui exige aussi , que le Testateur déclare aux témoins , que ce qu'il leur présente est son Testament. *Dum tamen ,* dit cette Loi , *testibus presentibus Testator suum esse Testamentum dixerit quod offertur.*

Ledit Notaire en dressera l'Acte de suscription qui sera écrit sur ledit papier ou sur la feuille qui servira d'enveloppe ; & sera ledit Acte signé , tant par le Testateur , que par le Notaire ou Tabellion , ensemble par les autres Témoins.

L'Acte de suscription , comme le prouvent les propres termes de l'Ordonnance , n'est au-

tre chose, qu'une mention faite par le Notaire sur le dos du Testament ou sur l'enveloppe, qu'un tel jour en présence de tels & tels témoins, le Testateur a présenté un papier plié & cacheté, qu'il a dit être son Testament qu'il a écrit ou fait écrire & signé; de laquelle déclaration, le Testateur a requis Acte au Notaire & aux témoins, & les a prié d'en porter témoignage, & à cet effet de signer l'Acte, ce qu'ils ont fait avec le Testateur & le Notaire. Voilà à peu près la forme de cet Acte.

Sans qu'il soit nécessaire d'y apposer le sceau de chacun desdits Témoins.

Si nous observions à la lettre les dispositions des Loix Romaines, rien ne seroit plus nécessaire à la validité d'un Testament, que l'apposition des sceaux des témoins.

Cette formalité, si exactement recommandée par la suite, n'étoit pourtant point en usage dans l'ancien Droit, comme nous l'atteste Justinien. (a)

Mais les Edits des Préteurs ayant introduit cet usage, il devint d'une nécessité expresse & absolue. (b)

La Loi *hac consultissima* n'a pas prescrit cette formalité de l'apposition des sceaux des témoins d'une manière moins précise; *finem autem Testamenti suscriptiones & signacula testium esse decernimus. Non subscriptum autem à testibus ac non signatum testamentum pro infecto*

[a] Institut. de Testam. Ord.

[b] Leg. 21. parag. si quis D. de Testam.

haberi convenit, dit cette Loi §. *finem autem*.

Mais comme il a été permis ensuite à tous les témoins de se servir d'un même sceau, sans qu'il fut nécessaire même que ce sceau fut propre à aucun d'eux, cet usage d'apposition de sceaux, est devenu une formalité inutile pour la sûreté des Testamens, & c'est sans doute par cette raison, qu'il a été abrogé en ce Royaume, même dans les Provinces de Droit depuis très-long tems. (a)

On trouve au Journal des Audiences, (b) un Arrêt du 7 Septembre 1662. rendu sur Enquêtes, qui justifie que cet usage d'apposer des sceaux, est abrogé en Portugal.

Ricard (c) fait aussi mention d'un Arrêt rendu en sa présence, en la Grand'Chambre du Parlement de Paris le 20 Juin 1659. confirmatif d'une Sentence des Requêtes de l'Hôtel, par laquelle un second Testament fait par le Chevalier de Ferrières en faveur de la Dame de Bar, a été déclaré bon & valable; en conséquence, il a été ordonné qu'il seroit exécuté au préjudice du premier, par lequel les freres du Testateur avoient été institués. Ceux qui avoient intérêt de faire tomber ce second Testament, employèrent pour moyens entr'autres choses, que les sceaux des témoins n'y étoient apposés; & on n'y eut aucun égard.

[a] Papon en ses notes, tit. des Testamens.
Thevenot même tit.

Henrys, Tome 2. liv. 5. quest. 39.

Borvot *verb* Notaire, quest. 2. pag. 228.

[b] Journal des Audiences, Tome II. liv. 4. Chap. 49. de la nouvelle édition, & 67. de l'ancienne.

(c) Ricard des Donations, Part. premiere Chap. 5. sect. 5. nomb. 1346.

*Tout ce que dessus sera de suite & sans
divertir à autres Actes.*

On a fait voir l'importance & les motifs de
cette disposition , ainsi que la manière dont
on doit l'entendre , sur l'Article V. précédent
qui en contient une toute semblable.

*Et en cas que le Testateur par un empê-
chement survenu depuis la signature
du Testament ne puisse signer l'Acte
de suscription , il sera fait mention de
la déclaration qu'il en aura faite ,
sans qu'il soit besoin en ce cas d'aug-
menter le nombre de Témoins.*

On peut appliquer à cette disposition , cel-
le de la Loi 28. *Cod de Testam. §. cum au-
tem* , qui veut que le Testateur soit dispensé
de la suscription , pourvu que le corps du Tes-
tament soit entierement écrit de sa main , &
qu'il l'ait ainsi déclaré. *Eandem Constitutio-
nem* , dit cette Loi , *corrigentes sancimus , si
quis suâ manu totum Testamentum vel Codicil-
lum conscripserit , & hoc specialiter in scripturâ
reposerit , quod hæc manu suâ confecit , suffi-
ciat ei totius Testamenti scriptura & non alia
subscriptio requiratur , neque ab eo , neque pro
se ab alio.*

Et en effet , si la Loi dispense le Testa-
teur de signer le Testament même , ou de le
faire signer par un autre en sa place , pourvu
que le corps du Testament soit écrit de sa

main, & qu'il l'ait ainsi déclaré, à combien plus forte raison doit-on dispenser le Testateur de la formalité de faire signer l'Acte de suscription par un huitième témoin en sa place, lorsque le Testament même est signé de lui, & qu'il lui est survenu quelque empêchement qui l'a mis hors d'état de signer l'Acte de suscription. La déclaration qu'il fait alors en présence du Notaire, est d'autant plus suffisante, que les Notaires ont, suivant nos Ordonnances, un caractère pour rendre authentique tout ce qui se fait en leur présence, même indépendamment de la signature des parties, pourvu qu'ils déclarent la cause pour laquelle ils n'ont pas signé.

ARTICLE X.

Si le Testateur ne sçait signer ou s'il n'a pu le faire lorsqu'il a fait écrire ses dispositions, il sera appelé à l'Acte de suscription un Témoin outre le nombre porté par l'Article précédent, lequel signera ledit Acte avec les autres Témoins, & il y sera fait mention de la cause pour laquelle ledit Témoin aura été appelé.

Cet Article est copié d'après la Loi *hac consultissimâ*, où on lit: *Quod si literas Testat*

tor ignoret, vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito eadem servari decernimus.

Il ne faut cependant pas oublier de remarquer la différence essentielle qui se rencontre entre cet Article, & la fin du précédent, où le Législateur se contente d'ordonner la mention dans l'Acte de suscription que le Testateur a déclaré ne pouvoir signer, lorsque le Testament est signé de lui, sans qu'il soit nécessaire de faire signer l'Acte de suscription par un autre en sa place. Mais ici, où il s'agit d'un Testament qui n'est ni écrit ni signé du Testateur, le Législateur n'a eu garde de diminuer aucunes des précautions établies par la Loi *hâc consultissimâ*, pour assurer l'authenticité de ses dispositions. Au contraire, il a même été ajouté à la Loi, en ce que l'Ordonnance ne prescrit pas seulement de faire signer un huitième témoin, en la place du Testateur qui n'a ni écrit ni signé le Testament, mais elle veut encore qu'il soit fait mention de la cause pour laquelle le témoin aura été appelé.

A R T I C L E X I.

Ceux qui ne sçavent ou ne peuvent lire ne pourront faire de disposition dans la forme du Testament mystique.

La prohibition contenue en cet Article regarde deux sortes de personnes, 1^o. *Ceux qui*

ne ſçavent lire, comme les rûſtiques. 2^o. *Ceux qui ne peuvent lire*, comme les aveugles.

Il n'a jamais été douteux dans la Jurisprudence, que les aveugles ne peuvent teſter dans la forme du Teſtament myſtique. Car, comme il n'y a que celui qui écrit le Teſtament myſtique qui en ſçache le contenu, les témoins n'aſſiſtant qu'à l'Acte de ſuſcription, il eut été trop dangereux de leur laiſſer la liberté de diſpoſer de leur bien, par une voye ſelon laquelle il eut été ſi facile de les ſurprendre. C'eſt pourquoy la Loi *hâc conſultiſſimâ* a établi une eſpece de Teſtament particuliere en leur faveur, qui a été adoptée par l'Article VII. de l'Ordonnance.

Mais à l'égard de ceux qui ne ſçavent pas lire, quelques Docteurs ont prétendu qu'ils pouvoient faire un Teſtament myſtique, en ajoutant à l'Acte de ſuſcription, un témoin qui ſignât en leur p'ace; & ils ſe ſont fondés ſur ces termes de la Loi *hâc conſultiſſimâ: quod ſi litteras Teſtator ignoret*, qu'ils ont entendu, tant de ceux qui ne ſçavoient point écrire, que de ceux qui ne ſçavoient point lire.

Cependant les meilleurs Auteurs, (dont l'Ordonnance a confirmé l'opinion,) ont penſé que ce texte *ſi litteras Teſtator ignoret*, devoit ſ'entendre ſeulement de ceux qui ne ſçavoient point écrire, mais qui ſçachant lire, étoient capables de voir par eux-mêmes, ſi celui de qui ils ſe ſervoient pour écrire leurs volontés, étoit exact ou non. Mais à l'égard de ceux qui ne ſçavent ni écrire ni lire, ils ont crû qu'ils étoient expoſés aux mêmes inconvéniens que les aveugles, par rapport aux Teſtamens myſtiques, & que par conſéquent ils

ils devoient être sujets aux mêmes Loix. On ne peut rien ajouter à ce que dit Ricard sur ce sujet. (a)

Henrys (b) est aussi entré dans le même sentiment que M. Cambolas, qui après avoir agité la question dit, que la commune façon de juger au Parlement de Toulouse dans le tems qu'il a écrit, étoit que le Testament clos fait par celui qui ne sçait ni lire ni écrire, n'étoit pas bon, & qu'il a été ainsi jugé par divers Arrêts. (c) On trouve même dans le Journal du Palais un Arrêt du Parlement de Toulouse du 29 Février 1672. qui a décidé qu'un Testament mystique fait par une femme qui ne sçavoit ni lire ni écrire, ne pouvoit être rectifié par un codicile, par lequel la Testatrice l'avoit confirmé, & avoit nommé tout haut pour héritier universel en présence de sept témoins & du Notaire, celui qui se trouvoit institué par le Testament.

Cependant Boniface (d) rapporte un Arrêt du Parlement de Provence rendu le 20 Décembre 1646. qui a jugé, que celui qui ne sçait ni lire ni écrire, peut faire un Testament secret, en appelant un huitième témoin outre le Notaire, qui écrive de sa main, que c'est l'intention du Testateur. Mais le même Auteur (e) dit ailleurs, que par Arrêt du 20 Février 1652. il a été jugé, que celui qui a

(a) Ricard des Donations part. premiere Chap. 5. sect. 1. nomb. 1474.

(b) Henrys, liv. 5. Chap. premier de son recueil d'Arrêts.

(c) Cambolas decis. notab. liv. 5. Chap. 16.

(d) Boniface Tom. 2. pag. 3.

(e) Idem page premiere.

la vûe si foible qu'il ne peut signer , quoiqu'il marche dans les rues , ne peut faire un Testament secret , & qu'il peut seulement déclarer sa volonté par maniere de nuncupation , en présence de sept témoins & d'un Tabellion ou huitième témoin.

A R T I C L E X I I.

En cas que le Testateur ne puisse parler , mais qu'il puisse écrire , il pourra faire un Testament mystique , à la charge que ledit Testament sera entièrement écrit , datté & signé de sa main , qu'il le présentera au Notaire ou Tabellion , & aux autres Témoins , & qu'au haut de l'Acte de suscription , il écrira en leur présence que le papier qu'il présente est son Testament ; après quoi ledit Notaire ou Tabellion écrira l'Acte de suscription , dans lequel il sera faite mention que le Testateur a écrit ces mots en présence dudit Notaire ou Tabellion & des Témoins

sera au surplus observé tout ce qui est prescrit par l'Article IX.

L'Ordonnance , qui ne permet pas dans l'Article 8. à ceux qui n'ont pas l'usage de la parole soit naturellement soit accidentellement , de faire des Testamens nuncupatifs par les raisons ci-devant expliquées , leur permet ici de faire des Testamens mystiques , pourvû qu'ils sçachent écrire. Mais elle ne se contente pas qu'ils soient seulement signés du Testateur ; elle veut encore qu'ils soient écrits entierement & dattés de lui , sans qu'on puisse se servir d'une main étrangere : & ce , conformément à la Loi *disertus* 10. C. *qui Testam. fac. poss.* Et comme ceux qui ne peuvent parler, ne peuvent conséquemment faire entendre de bouche aux témoins le sujet pour lequel ils les ont appelés , & que ce sont leurs Testamens qu'ils leur présentent ; pour suppléer à cette formalité, l'Ordonnance exige, qu'au haut de l'Acte de suscription, ils écrivent en présence du Notaire & des témoins, que *le papier qu'ils présentent est leur Testament* , & que le Notaire fasse mention dans l'Acte de suscription, que le Testateur a écrit ces mots en sa présence & en celle des témoins. Elle les assujettit d'ailleurs à toutes les autres formalités prescrites par l'Article IX. ci-dessus détaillées.

De ce que ceux qui ne peuvent parler, peuvent disposer seulement en la forme du Testament mystique , lorsqu'ils sçavent écrire , il suit que ceux qui ont cette infirmité , & qui avec cela ne sçavent ou ne peuvent écri-

re , sont dans une incapacité absolue de disposer de leurs biens par Testament en aucune forme. (a)

A R T I C L E X I I I.

N'entendons par les dispositions des Articles V. & IX. déroger aux Statuts ou Coutumes observées dans les lieux régis par le Droit écrit , qui exigent un nombre de Témoins moindre que celui qui est porté auxdits Articles ; à la charge néanmoins d'appeller un Témoin , outre le nombre requis par lesdites Coutumes ou Statuts dans les cas mentionnés aux Articles VII. & X.

N'entendons par les dispositions des Articles V. & IX. déroger aux Statuts ou Coutumes observées dans les lieux régis par le Droit écrit , qui exigent un nombre de Témoins moindre que celui qui est porté ausdits Articles.

Il y a plusieurs Statuts & Coutumes en vi-

[a] Leg. jubemus 29. Cod. de Testam.

gueur dans les Pays de Droit , qui exigent un moindre nombre de témoins que les Loix Romaines ; les usages de Toulouse rédigés par écrit sous le titre de *Consuetudines Tolosæ* , se contentent de quatre , de trois & même de deux témoins. C'est dans la troisième partie , sous le titre de *Testamentis*. En voici les termes : *Noverint presentes pariter & futuri quod usus & consuetudo est Tolosæ , quod ultimum Testamentum conditum ab eo qui de jure testari valet , adhibitis duobus vel tribus testibus ; vel quatuor vel amplius , presente Capellano , vel sub Capellano , vel etiam absente seu etiam non vocato , valet & obtinet roboris firmitatem , tanquam si in numero testium esset juris solemnitas observata.*

Dans l'étendue du Parlement de Bordeaux , il y aussi trois Coutumes qui n'exigent pas le même nombre de témoins , que le Droit Romain. La Coutume de Bayonne Article II. titre II. porte : *Testament fait devant un Notaire public , par lui rédigé en écrit , & signé en présence de deux témoins , est bon & valable , soit par maniere de Testament solennel ou nuncupatif.* La Coutume du Pays de Labour (titre II. Article V.) est ainsi conçue. *Testament , Codicile , ou dernière volonté , fait en présence de quatre témoins , ou d'un Notaire & deux témoins , & en tems de mortalité en présence de deux témoins , gens de foi & non suspects , sans autre solemnité , est bon & valable.*

Enfin , voici comme s'exprime la Coutume du Pays de Soule (tit. 26. Article V.) *Testament , codicile , ou autre darrere voluntat , fait en présence de dus testimonis & dung Notari ,*

& parellement en présence deu Rectör , ou Vicari deu loc & de dus testimonis est valable ; le même Article ajoute ensuite , & en cas de extrême necessitat , ont com nopot finar Notari , Rectör , ne Vicari , Testament & darrere voluntat feït devant dus testimonis dignes dese , est bon & valable , provedit que los deits testimonis fasse meter par escrit la voluntat deu Testaire dedans trois jours prochans après lo décès deudit Testaire per man de Notari , & que los deis testimonis fassent lo repport & verissi quem mieyausant sagrement , au vray la voluntat deudit Testaire per davant lo deit Notari. Ainsi aux termes de cette dernière Coutume , un Testament est bon & valable , pourvû qu'il soit fait en présence d'un Notaire , Curé , ou Vicairre , & de deux témoins. La présence d'une personne publique n'est pas même requise dans les cas d'extrême nécessité : deux témoins ordinaires suffisent ; mais à condition , que dans les trois jours du décès du Testateur , ils iront faire écrire chez un Notaire le Testament ou codicile , & qu'ils en certifieront la vérité.

Nous finirons par la Coutume d'Auvergne , d'autant qu'une partie de cette Province est régie par le Droit écrit , & que la Coutume elle-même en suit assez les principes. L'Article XLVIII. du titre 12. décide , que les ordonnances & dispositions de dernière volonté ne seront point invalides , faute du nombre de témoins requis de droit , pourvû qu'il y en ait deux avec le Notaire , ou quatre témoins sans Notaire.

A la charge néanmoins d'appeller un

Témoin outre le nombre requis par lesdites Coutumes ou Statuts dans les cas mentionnés aux Articles VII. & X.

C'est dans le cas , où un aveugle fait un Testament nuncupatif ; & où une personne qui ne sçait ou ne peut signer , fait un Testament mystique ou secret. La raison de cette disposition est bien sensible. Si le Législateur a cru l'augmentation d'un témoin , dans ces deux cas , nécessaire , même en y admettant le nombre des témoins requis par les Loix Romaines , à combien plus forte raison doit-on faire cette augmentation , lorsque les Statuts ou Coutumes des lieux diminuent ce nombre ?

ARTICLE XIV.

La forme qui a eu lieu jusqu'à présent à l'égard des Codiciles , continuera d'être observée , & il suffira qu'ils soient faits en présence de cinq Témoins , y compris le Notaire ou Tabellion. N'entendons pareillement déroger aux Statuts ou Coutumes qui exigent un moindre nombre de Témoins pour les Codiciles.

La forme qui a eu lieu jusqu'à présent à l'égard des Codiciles , continuera d'être observée , & il suffira qu'ils soient faits en présence de cinq Témoins , y compris le Notaire ou Tabellion.

Comme les codiciles sont des Testamens moins parfaits & moins solennels que les Testamens proprement dits , ils requierent aussi bien moins de formalités. Pour la validité d'un codicile , il a toujours suffi de déclarer sa volonté en présence de cinq témoins. Que ces témoins eussent été appelés exprès , ou qu'ils se fussent rencontrés par le seul effet du hazard , c'étoit une circonstance indifférente. On ne demandoit autre chose , sinon qu'ils fussent présents. Et comme le Droit Romain permettoit d'écrire ou de ne pas écrire les codiciles nuncupatifs , on exigeoit seulement la souscription des témoins , quand on les redigeoit par écrit. *In omni ultimâ voluntate , excepto Testamento , quinque testes vel rogati , vel qui fortuito venerint , in uno eodemque tempore debent adhiberi , sive inscriptis , sive sine scriptis voluntas conficiatur : testibus videlicet ; quando inscriptis voluntas componitur , subnotationem suam accommodantibus. (a)*

Mais aujourd'hui qu'il ne peut plus y avoir de dispositions de dernière volonté nuncupatives proprement dites , & qu'elles doivent être toutes redigées par écrit , aux termes de l'Article premier de l'Ordonnance , la distinction de

[a] *Legenlt. Cod. de Codicil.*

la Loi n'a plus lieu ; les cinq témoins doivent signer le codicile qui doit toujours être rédigé par écrit : il paroît même par ces termes de l'Article présent , *y compris le Notaire ou Tabellion* , que le Législateur a entendu assujettir tous les codiciles , en Pays de Droit écrit , à être faits pardevant Notaires.

N'entendons pareillement déroger aux Statuts ou Coutumes qui exigent un moindre nombre de Témoins pour les Codiciles.

Les Statuts ou Coutumes , qui exigent un moindre nombre de témoins pour les codiciles que le Droit Romain , ont été cités sur l'Article précédent : mais on n'y fait point , comme dans les Loix Romaines , une distinction entre les Testamens & les codiciles , pour l'augmentation ou la diminution du nombre des témoins ; celles-ci en effet veulent sept témoins pour les Testamens , & seulement cinq pour les codiciles ; au lieu que les Statuts & Coutumes des Pays de Droit écrit qui ont admis quelque réduction , ont mis au même niveau les Testamens & les codiciles.

A R T I C L E X V.

Le nombre des Témoins requis par les Art. V. VII. IX. & X. ne sera pas nécessaire pour la validité des Tes-

tamens , Codiciles ou autres Actes de derniere volonté , faits entre enfans & descendans , dans les Pays qui sont régis par le Droit écrit ; & il suffira que lesdits Testamens , Codiciles ou autres Actes , soient faits en présence de deux Notaires ou Tabellions , ou d'un Notaire & de deux Témoins.

Nous avons vu jusqu'à présent les deux genres de Testamens généraux autorisés par l'Ordonnance , en Pays de Droit écrit , qui sont le Testament nuncupatif écrit & le Testament mystique ou secret ; & nous avons observé les formalités prescrites pour la validité de chacun d'eux. Mais outre ces deux especes de Testamens , l'Ordonnance en a adopté encore une troisième d'après les Loix Romaines ; ce sont les Testamens , & autres Actes de derniere volonté , des peres entre leurs enfans & descendans. Ces Actes ont toujours paru mériter une considération particulière , & cela avec d'autant plus de raison , qu'un pere est toujours présumé ne rien faire , qu'avec sagesse & mesure , lorsqu'il divise ses biens entre les enfans. Il y a toujours lieu de croire , qu'il les leur dispense suivant qu'ils le méritent , & que l'état de sa famille le demande. C'est pourquoi les Législateurs Romains ont exempté cette sorte de Testament des formalités ordinaires ; & ils ont seulement exigé

que le pere souſcrivit de ſa main le tems auquel le Teſtament avoit été fait , & le nom de ſes enfans ; comme auſſi , que les portions dans leſquelles chacun des enfans ſeroit inſtitué , fuſſent écrites en toutes lettres & non en chiffres. *Volumus ſi quis litteras ſciens inter ſuos liberos voluerit facere diſpoſitionem , primum quidem ejus ſuſcriptione tempus declaret , deinde quoque filiorum nomina propriâ manu , ad hoc ; uncias in quibus ſcripſit eos hæredes non ſignis numerorum ſignificandas , ſed per totas litteras declarandas , ut undique claræ & indubitatæ conſiſtant. (a)*

Bien que cette Loi ſemble ne laiſſer aucun équivoque ; néanmoins quelques Docteurs accrédités , à la tête deſquels eſt Cujas , (b) ont prétendu que les Teſtamens des peres n'étoient différens des autres , qu'en ce que ceux des peres étoient bons ſans ſceau & ſans ſouſcription de témoins , mais que toutes les autres formalités y étoient néceſſaires , & particulièrement la préſence des ſept témoins.

D'autres ont ſoutenu au contraire que pourvû que le Teſtament d'un pere fut revêtu des formalités preſcrites par la Nouvelle CVII. il devoit avoir une entière exécution , quoiqu'il n'eût été fait en préſence d'aucuns témoins. (c) Automne (d) rapporte pluſieurs Arrêts qui prouvent que le Parlement de Guyen-

(a) Nov. 107. Cap. 1^o.

(b) Cujas comment. ſur le Code tit. de Teſtam. & conſult. premiere.

(a) Faber Traité de Error. Pragm. decad. 55 & 56.

(a) Ricard des Donations , part. premiere Chap. 5. ſect. 4. nomb. 1453. & ſuivants.

(d) Automne ſur la Coutume de Bordeaux , Art. LIY.

ne a embrassé ce dernier sentiment. Mais MM. Maynard & de Cambolas (a) nous apprennent , que la Jurisprudence du Parlement de Toulouse étoit différente , & que dans les Testamens des peres entre leurs enfans , on requeroit du moins la présence de deux témoins.

Notre Ordonnance commence par proscrire l'opinion de Cujas , en déclarant que le nombre des témoins requis pour les Testamens & codiciles ordinaires , ne fera pas nécessaire pour la validité des Testamens codiciles & autres Actes de dernière volonté faits entre enfans & descendans. Ensuite elle déroge aux Loix Romaines , en ce qu'au lieu d'une manière de tester dans ces sortes de cas , elle en admet deux. La première , est de faire ces Testamens en présence de deux Notaires , ou d'un Notaire & de deux témoins : ce qui est la forme ordinaire prescrite par les Ordonnances , pour les Actes solennels de quelque nature qu'ils soient. La seconde est marquée dans l'Article suivant.

A R T I C L E X V I.

Voulons pareillement que les Testamens , Codiciles ou autres dispositions à cause de mort qui seront entièrement écrits , dattés & si-

(a) Maynard , liv. 5. Chap. 13. & liv. 8. Chap. 8.
Cambolas , liv. 5. Chap. 29.

gnés de la main du Testateur ou de la Testatrice , soient valables dans lesdits Pays de Droit écrit , entre les enfans & descendans. Déclarons nuls tous ceux qui ne seroient pas revêtus au moins d'une des formes portées par le présent Article & par le précédent.

Voulons pareillement que les Testamens ; Codiciles ou autres dispositions à cause de mort , qui seront entièrement écrits , dattés & signés de la main du Testateur ou de la Testatrice , soient valables dans lesdits Pays de Droit écrit entre les enfans & descendans.

Cette seconde maniere de disposer en faveur de ses enfans & descendans , est beaucoup plus conforme à la Nouvelle CVII. que la précédente. Il faut comme dans la Nouvelle, que l'Acte soit datté par le Testateur. Mais l'Ordonnance ne se contente pas , qu'il en écrive de sa main les choses les plus essentielles , comme le nom des enfans qu'il institue héritiers , & les portions pour lesquelles ils sont institués ; elle exige , que le corps entier du Testament soit écrit , & ensuite signé par le Testateur , afin de rendre par ces précautions , sa volonté plus constante & plus certaine,

Déclarons nuls tous ceux qui ne seroient pas revêtus au moins d'une des formes portées par le présent Article & par le précédent.

On tenoit , avant l'Ordonnance , dans les Pays de Droit écrit , qu'un Testament *inter liberos* , écrit & signé par le pere seul , ou par deux témoins , s'il étoit écrit de sa main sans en être signé , étoit bon & valable. Mais quoique la signature des témoins fut superflue , lorsque le pere avoit signé , leur présence y étoit cependant nécessaire. (a) L'Ordonnance a changé cet usage en deux points. 1^o. Elle n'admet point l'équivalent de la signature de deux témoins , au défaut de celle du pere. 2^o. Elle affranchit les peres de la formalité d'écrire , & de signer leurs dispositions en présence d'aucuns témoins : & elle leur laisse le choix outre cela , (s'ils ne veulent ou ne peuvent faire de dispositions holographes) de se servir du ministère de deux Notaires , pour rendre leur volonté authentique , ou d'un Notaire & de deux témoins , comme le porte l'Article précédent. Avantage qu'on ne trouvoit point dans la Nouvelle CVII. aux termes de laquelle les peres seuls qui sçavoient & pouvoient écrire , jouissoient des prérogatives accordées aux Testamens & codiciles *inter liberos* ; puisqu'il falloit , suivant cette Loi , que du moins la datte , le nom des héritiers & les portions héréditaires fussent écrits de la main du Testateur.

(a) La Peyriere let. T. n. 41. & 44.

ARTICLE XVII.

Les Actes de partage faits entre enfans & descendans , pour avoir lieu après la mort de ceux qui les font dans les pays où ces Actes sont en usage , ne seront valables s'ils ne sont pareillement revêtus d'une des formes portées par les deux Articles précédens ; & seront en outre observées les autres formalités prescrites par les Loix , Coutumes ou Statuts qui autorisent lesdits Actes.

Les Actes de partage faits entre enfans & descendans , pour avoir lieu après la mort de ceux qui les font dans les pays où ces Actes sont en usage , ne seront valables s'ils ne sont pareillement revêtus d'une des formes portées par les deux Articles précédens.

Comme les interprètes du Droit ont toujours confondu les partages faits entre enfans & descendans , avec les Testamens *inter vivos* , l'Ordonnance les soumet les uns & les autres aux mêmes formalités, Et bien qu'à

proprement parler , ces sortes d'Actes n'ayent le véritable caractère ni des Testamens ni des codiciles , & ne soient que des projets de partage des biens du Testateur après sa mort , ils ont toujours été regardés avec une espece de vénération ; & les Loix ont assujetti les Juges à suivre ce que le pere , arbitre né de sa famille , avoit témoigné devoir être fait touchant le partage de ses biens après sa mort entre ses enfans. *Familia herciscunda judicio , auditum Judicem , sequi voluntatem patris oportere , juris autoritate significatur.*

Et seront en outre observées les autres formalités prescrites par les Loix , Coutumes ou Statuts qui autorisent lesdits Actes,

La Coutume de Bourgogne (a) est conforme à l'Article XV. en ce qu'elle permet au pere de faire des partages entre ses enfans pardevant un Notaire & deux témoins. Mais quoiqu'elle autorise aussi la forme prescrite par l'Article XVI. & qu'elle approuve ces sortes d'Actes , lorsqu'ils sont entierement écrits & signés de la main du pere , elle veut que dans ce dernier cas , il soit tenu d'appeller un Notaire Royal & deux témoins , & de déclarer en leur présence , que le contenu en l'Acte , est la disposition & le partage de ses biens entre ses enfans ; laquelle déclaration doit être signée , tant par le Notaire que les témoins , & être mises au pied ou au dos de l'Acte de par-

[a] Coutume de Bourgogne , chap. 7. Art. VIII.

tage. La même Coutume exige encore pour la validité de cet Acte , une survie de 20 jours. La Coutume de Bourbonnois ^(a) admet de même , les partages des peres & meres entre leurs enfans , pourvû qu'ils survivent les 40 jours , & que ces Actes soient faits dans une des deux formes prescrites par les Articles XV. & XVI. de notre Ordonnance. La Coutume de Bretagne ^(b) ne permet ces sortes de partages , qu'entre Nobles , & elle veut qu'ils soient faits par le pere , de l'avis de quatre parens des enfans , sçavoir deux paternels & deux maternels. La Coutume d'Amiens , ^(c) celle de Peronne , ^(d) & celle de Nivernois , ^(e) parlent aussi des Actes de partage entre enfans , mais sans prescrire aucunes formalités pour leur confection.

A R T I C L E XVIII.

Les dispositions qui seront faites au profit d'autres que desdits enfans & descendans , dans les Testaments & autres Actes mentionnés aux Art. XV. XVI. & XVII. seront regardées comme de nul effet , & ne seront exécutées que

[a] Coutume de Bourbonnois , Art. CCXVI.

[b] Coutume de Bretagne , Art. DLX.

[c] Coutume d'Amiens , Art. XLIX. & XCIV.

[d] Coutume de Peronne , Art. CVII.

[e] Coutume de Nivernois , Chap. 34. Art. XVII.

celles qui concerneront lesdits enfans & descendans.

Les interprètes ont décidé, que non seulement les étrangers, mais encore les ascendants & la mere même du Testateur, ne pouvoient profiter d'un legs à eux fait dans un Testament *inter liberos*. C'est en particulier le sentiment du Président Faber. (a)

CHAPITRE SECOND

Des formalités Testamentaires en Pays Coutumier.

NOus ne connoissons en Pays Coutumier que deux sortes de Testaments, le Testament *Holographe* & le Testament *Solemnel*.

Quant au Testament *Holographe* l'Article XIX. décide les Pays où il doit avoir lieu ; l'Article XX. en prescrit la forme ; & l'Article XXI. concerne ce que doivent faire ceux qui entrent en religion, pour la validité de leurs Testaments *Holographes*, & *Solemnels*. Enfin l'Ar-

[a] Faber, *Cod. de Testam. de finit.* 27. Glor. 7.

ticle XXII. n'admet que ces deux sortes de Testamens dans tout le Pays Coutumier.

L'Ordonnance passant ensuite aux formalités des Testamens *Solemnels*, les détaille dans l'Article XXIII. L'Article XXIV. admet, pour les recevoir, les Officiers de Justice dans les Coutumes où ils sont en usage de le faire. Enfin les Articles XXV. & XXVI. régulent les cas où les Curés & Desservans peuvent être les Ministres d'un Testament *Solemnel*, & ce qu'ils doivent faire après l'avoir reçu.

A R T I C L E X I X.

L'usage des Testamens, Codiciles & autres dispositions Holographes, continuera d'avoir lieu dans les Pays & dans les cas où ils ont été admis jusqu'à présent.

Quoique les Testamens holographes aient toujours été reçus avec une faveur extraordinaire en France, ils n'ont pourtant point été admis dans les Pays qui se régissent par le Droit écrit, si non dans ceux du ressort du Parlement de Paris. (a)

[a] Henrys Tom. premier liv. 5. quest 2.

Les autres Parlemens de Droit écrit , ne les ont autorisés que dans deux cas , sçavoir en faveur de la cause pie , & dans les Testamens des peres entre leurs enfans. (a)

Mais d'un autre côté , dans tout le Pays Coutumier, les Testamens holographes sont de droit commun ; ils ont lieu non seulement dans les Coutumes qui n'en parlent pas , mais encore dans celles qui n'y sont pas directement contraires & qui ne les rejettent pas expressément ; ainsi qu'il a été jugé par Arrêt donné en la Chambre de l'Edit le 30 Avril 1625. dans la Coutume d'Angoulême. Il y a été décidé , qu'un Testament holographe sans aucuns témoins , étoit bon & valable , bien qu'il soit dit par l'Article CXII. de cette Coutume , que *avant qu'un Testament soit réputé bon & valable , il faut qu'il soit écrit & signé en présence de deux témoins.*

A R T I C L E X X.

Les Testamens , Codiciles & dispositions mentionnés dans l'Article précédent , seront entièrement écrits , dattés & signés de la main

(a) Boniface Tome 2. liv. premier tit. 3. chap. premier.

Mainard liv. 5. Chap. 15.

D'Olive , liv. 5. chap. 1. & 36.

Cambolas , liv. premier chap. 13.

Catelan , Tome premier liv. 2. chap. 37.

Despeisses , Tom. 2. pag. 62. & 64.

L. Peyrere let. A. n. 44. 45. & 125.

de celui ou celle qui les aura faits.

L'Ordonnance exige trois conditions essentielles , pour la perfection des dispositions holographes : il faut 1°. qu'elles soient écrites entièrement , 2°. signées , 3°. dattées de la main du Testateur.

Quant aux deux premières conditions , elles sont prescrites par toutes les Coutumes qui ont admis les Testamens holographes.

Pour réputer un Testament solennel , il est requis qu'il soit écrit & signé du Testateur : porte l'Article CCXCIX. de la Coutume de Paris.

Avant qu'un Testament soit réputé bon & valable , il faut qu'il soit écrit & signé de la main du Testateur , dit l'Article CCLXVIII. de la Coutume de Poitou.

Testament écrit & signé de la main du Testateur est bon & valable : Article CCCCXIII. de la Coutume de Normandie.

*Si le Testament est fait durant la santé du Testateur , & auparavant la maladie dont il décede , il suffira & fera foi , s'il est écrit & signé de lui. Article DLXX. de la Coutume de Bretagne : & ainsi des autres , qui toutes s'accordent unanimement pour ordonner que le Testament holographe soit écrit & signé du Testateur. Mais aucune n'exige qu'il soit datté. C'est sans doute ce qui a occasionné jusqu'à présent , l'incertitude de la Jurisprudence sur la nécessité de la date de ces sortes de dispositions. Nous aurons occasion de traiter cette matiere de date *ex professo* sur l'Article XXXVIII. qui suit.*

ARTICLE XXI.

Lorsque ceux ou celles qui auront fait des Testamens , Codiciles ou autres dispositions Holographes , voudront faire des vœux solennels de Religion , ils seront tenus de reconnoître lesdits Actes pardevant Notaires avant que de faire lesdits vœux ; si non lesdits Testamens , Codiciles ou autres dispositions , demeureront nuls & de nul effet.

Rien n'est plus prudent & plus sage , que la précaution que prend ici la Loi , pour empêcher que ceux qui sont engagés en Religion , n'abusent des Testamens holographes. Car , comme ces sortes de dispositions sont susceptibles de toute sorte de datte , les Religieux profès conserveroient sans cela , même après leur mort civile , la faculté de disposer de leurs biens , pourvû qu'ils eussent le soin de donner à leurs Testamens holographes , une datte antérieure à leur profession. Mais le Législateur y a pourvû , en ordonnant , que ceux qui voudront entrer en Religion , seront tenus de reconnoître pardevant Notaires leurs dispositions holographes , avant que de faire leurs vœux. C'est en effet un moyen in-

saillible, pour connoître si ces dispositions ont été faites dans un tems prohibé.

A R T I C L E X X I I .

Dans tous les Pays où les formalités établies par le Droit écrit pour les dispositions de derniere volonté, ne sont point autorisées par les Loix, Statuts ou Coutumes, il n'y aura à l'avenir que deux formes qui puissent avoir lieu pour lesdites dispositions, sçavoir celle des Testamens, Codiciles, ou autres dispositions Holographes, suivant ce qui est porté à cet égard par les Articles précédens; & celle des Testamens, Codiciles, ou autres dispositions reçues par personnes publiques, selon ce qui sera prescrit ci-après. Abrogeons toutes autres formes de disposer à cause de mort dans lesdits Pays.

L'Ordonnance s'est conformée en ce point, à la disposition générale du Droit Coutumier, qui n'admet que deux sortes de Testamens,

le Testament holographe & le Testament solennel ou reçu par personnes publiques ; ainsi elle n'a rien innové par rapport à presque toutes les Coutumes , où ces deux especes de Testamens sont introduites par des dispositions expresses. Mais comme il en est quelques-unes qui ne prescrivent rien à cet égard , dorénavant elles se conformeront à l'esprit universel des autres Coutumes qui admettent les deux especes de Testament holographe & solennel ; sans qu'on puisse emprunter , dans ces Coutumes particulieres , les formalités du Droit écrit , ni même se contenter de celles du Droit Canon , comme il avoit été jugé jusqu'alors.

A R T I C L E X X I I I .

Les Testamens , Codiciles , & autres dispositions de derniere volonté , qui se feront devant une personne publique , seront reçus par deux Notaires ou Tabellions , ou par un Notaire ou Tabellion , en présence de deux Témoins , lesquels Notaires ou Tabellions , ou l'un d'eux écriront les dernieres volontés du Testateur , telles qu'il les dictera ; & lui en feront ensuite lecture ; de laquelle il sera fait
une

une mention expresse ; sans néanmoins qu'il soit nécessaire de se servir précisément de ces termes , DICTÉ , NOMMÉ , LU , ET RELU , SANS SUGGESTION , ou autres requis par les Coutumes ou Statuts ; après quoi ledit Testament , Codicile ou autre disposition de dernière volonté , sera signé par le Testateur , ensemble par les deux Notaires ou Tabellions , ou par le Notaire ou Tabellion & les deux témoins ; & en cas que le testateur déclare qu'il ne sçait ou ne peut signer , il en sera fait mention.

Les Testamens , Codiciles , ou autres dispositions de dernière volonté , qui se feront devant une personne publique , seront reçus par deux Notaires ou Tabellions , ou par un Notaire ou Tabellion , en présence de deux Témoins.

Cette disposition est conforme à celles de presque toutes les Coutumes. C'est en particulier ce que porte la Coutume de Paris Article CCXXXIX.

Toutes les Coutumes cependant , ne don-

ment pas l'alternative de faire le Testament public devant deux Notaires, ou devant un Notaire & deux témoins. Celle de Bourgogne entr'autres, autorise les partages entre enfans, pourvû qu'ils soient passés pardevant un Notaire & deux témoins : & quoique dans les Contrats ordinaires, un Notaire équivalait à deux témoins, il a été jugé qu'un partage de cette nature fait en Bourgogne pardevant deux Notaires étoit nul, par Arrêt du Parlement de Dijon, contre lequel lettres en forme de Requête civile ayant été obtenues & renvoyées au Parlement de Paris il y intervint un premier Arrêt, qui ordonna une Enquête par Turbes. Cette Enquête ayant été faite, Arrêt définitif en la Grand'Chambre, au rapport de M. Gillot le 15. Jui 1602. qui a confirmé celui de Dijon. (a)

Ricard nous atteste aussi, avoir vu juger la même chose par Arrêt intervenu en l'Audience de la Grand'Chambre le 31 Janvier 1641 qui déclara nul un Testament fait en présence de deux Notaires dans la Coutume de Senlis qui permet seulement de disposer en présence de trois témoins.

Mais depuis l'Ordonnance qui permet indistinctement de disposer pardevant deux Notaires, ou un Notaire & deux témoins, les dispositions contraires des Coutumes sont abrogées à cet égard : & cette dernière Loi semble avoir confirmé en cela une Déclaration obtenue par les Notaires au Châtelet le 10 Octobre 1561. vérifiée au Parlement le premier Décembre suivant, laquelle en interpré-

(a) Choppin sur Paris, liv. 2. tit. 4. nomb. 3.

tant l'Article LXXXIV. de l'Ordonnance d'Orléans, qui ordonne que tous Actes seront passés en présence d'un Notaire & de deux témoins, veut qu'un second Notaire équivale aux deux témoins.

Lesquels Notaires ou Tabellions, ou l'un d'eux écriront les dernières volontés du Testateur, telles qu'il les dictera.

Quelques Auteurs ont cru, qu'un Testament écrit d'une main étrangère, hors la présence des Notaires, mais reconnu pardevant eux par le Testateur, étoit valable; & ils ont rapporté pour garants de leur opinion quelques Arrêts qu'ils prétendent y être favorables. Mais la plupart des autres rejettent ce sentiment comme directement contraire à l'esprit & à la lettre de presque toutes les Coutumes.

Cependant parmi ces derniers, il s'en trouve qui pensent, que quoique les Notaires doivent être présens lorsque le Testament est dicté par le Testateur, il n'est pas nécessaire qu'il soit écrit de la main d'un d'eux. C'est le sentiment particulier de Dupleffis sur la Coutume de Paris. (a) Car, ajoute ce Jurisconsulte respectable, le mot dicté aux Notaires, &c. employé par la Coutume, n'empêche point qu'en recevant la dictation, ils ne la fassent en même tems écrire par un autre, & de fait, si le

(a) Dupleffis sur Paris, des Testam. liv. 3. sect. 3.
Article II.

mot dicté emportoit nécessité qu'ils écrivissent, il faudroit donc qu'ils écrivissent un même Testament tous les deux en même tems, ce qui ne se pratique pas. Le même Auteur fonde ce qu'il avance sur un Arrêt du 11 Août 1631. rapporté dans le premier Tome du Journal des Audiences. Ce sentiment est cependant profcrit par l'Ordonnance, qui veut que l'un des Notaires écrive les volontés du Testateur.

Enfin il ne faut pas perdre de vûe ces termes remarquables de l'Ordonnance, *telle qu'il les dictera*, ce qui exclut toute interprétation & changement de la part du Notaire qui est absolument astreint à écrire les choses telle qu'on les lui dicte.

Et lui en feront ensuite lecture, de laquelle il sera fait une mention expresse sans néanmoins qu'il soit nécessaire de se servir précisément de ces termes DICTÉ, NOMMÉ, LU ET RELU SANS SUGGESTION, ou autres, requis par les Coutumes ou Statuts.

On se feroit fait scrupule, avant l'Ordonnance, de ne point observer avec une religieuse fidélité toutes les solemnités prescrites par chaque Coutume en particulier, & il n'étoit pas permis de suppléer à un mot par un autre à moins qu'il ne fut absolument identique, & n'exprimât rigoureusement la même chose. Ainsi, par exemple, Mornac (b) rapporte

[a] Mornac *ad legem* 3. Dig. de negot. gest.

Arrêt d'Audience du 30 Décembre 1604. qui a déclaré valable un Testament, dans lequel il étoit fait mention seulement, qu'il avoit été dicté, & on y avoit obmis ce mot *nommé*; quoique la Coutume d'Orléans qui régissoit les parties, ordonnât, que le Testament soit dicté & nommé par le Testateur, & à lui relû en présence de ceux pardevant lesquels il est passé, & qu'il soit fait mention au Testament, qu'il a été ainsi dicté nommé & relû. (a) La raison de décider a été, que le mot *dicté* employé au Testament, contenoit en soi, tout ce que renfermoit cet autre *nomme*; personne ne pouvant *dicter*, qu'il ne *nomme* en même tems.

Mais quand on avoit substitué, aux mots consacrés par la Coutume, d'autres qui n'avoient pas tout-à-fait la même force & la même énergie, la Jurisprudence ne s'est jamais relâchée de sa rigueur, & n'a point épargné les Testamens où ce défaut s'est rencontré. L'Arrêt du 16 Février 1617. nous en donne un premier exemple dans la même Coutume d'Orléans. Au lieu de ces termes *dicté & nommé*, les Notaires s'étoient servis de ceux-ci, *proféré par sa propre bouche*. Mais le Parlement ne crût pas, que ces termes *proféré de sa propre bouche*, équivalussent à ceux de *dicté & nommé*. C'est pourquoi le Testament fut déclaré nul.

Sur le même principe, est intervenu un autre Arrêt en l'Audience de la Grand'Chambre du Parlement de Paris le 24 Juillet 1642. qui a déclaré nul un Testament, où l'on s'étoit servi du terme *sans induction*, au lieu de celui *sans*

(a) Coutume d'Orléans, Article CCXXCIX.

suggestion, désiré par l'Article CCLXVIII. de la Coutume de Poitou, dans l'étendue de laquelle ce Testament avoit été passé; & quoique dans un autre Testament de la même Coutume, on eut ajouté au terme de *sans induction*, celui de *ni persuasion*, il a été jugé que ces deux termes réunis ne rendoient point encore celui de *sans suggestion*. Ricard (a) atteste avoir vu prononcer ce dernier Arrêt, en la Chambre de l'Edit le 4 Mai 1550. On trouve aussi dans le Commentaire de Lelet sur la Coutume de Poitou, (b) un Arrêt semblable du 14 Août 1629. qui a déclaré nul le Testament de Laurent de la Touche, dans lequel on avoit employé ces mots, *sans induction ni persuasion*, au lieu de ceux, *sans suggestion*, qu'exigeoit la Coutume.

Le Journal des Audiences nous fournit encore un autre Arrêt rendu dans la Coutume de Tours le 29. Janvier 1652. par lequel un semblable Testament a été déclaré nul, quoique le Testateur semblât s'être servi de termes à peu près équivalens à ceux que la Coutume prescrit.

Cependant tout mûrement examiné, cette Jurisprudence si bien suivie, est moins fondée sur les choses que sur les mots. Car quoiqu'on puisse dire avec quelques-uns, que ces termes consacrés par les différentes Coutumes, ont eu pour but d'empêcher les fausses impressions & les suggestions auxquelles les dernières volontés des hommes sont souvent exposées, & pour tendre en quelque sorte des

(a) Ricard des Donations part. premiere Chap. §. 6

(b) Lelet sur Poitou, Art. CC LXVIII.

pièges à ceux qui voudroient entreprendre par surprise de faire disposer quelqu'un contre son intention, l'expérience néanmoins ne nous apprend que trop tous les jours, qu'il arrive tout le contraire. Ceux qui veulent supposer un Testament à un autre, ou lui en extorquer un par surprise, sont ordinairement les plus vigilans à exécuter ce qui regarde la forme, avec la dernière exactitude; de sorte que ce Testament suggéré au fond, mais exactement régulier dans la forme, sera pleinement exécuté, tandis que la rigueur de la Loi & de la Jurisprudence tombera sur un Testateur de bonne foi, qui se reposant du soin de la forme sur le Notaire qu'il employe, lui dicte avec sécurité les dispositions les plus libres; lesquelles cependant n'auront point d'exécution, parce que par défaut de mémoire ou par impéritie, cet Officier ne se sera pas servi des termes de la Coutume.

C'est pourquoi l'Ordonnance a sagement supprimé la nécessité de se servir de ces termes qui pouvoient être de quelque utilité dans un siècle plus simple & moins raffiné que le nôtre, pour faire distinguer les véritables volontés des Testateurs, d'avec celles qui leur étoient suggérées, mais dont à présent les seuls gens de bonne foi sont les victimes; tout ce qui regarde la forme, dépendant moins du Testateur, que de celui qui reçoit le Testament.

Après quoi ledit Testament, Codicile, ou autre disposition de dernière volonté sera signé par le Testateur, ensem-

ble par les deux Notaires ou Tabellions , ou par le Notaire ou Tabellion & les deux témoins.

Ce n'est pas assez , pour rendre un Testament solennel , qu'un Testateur ait dicté sa volonté en présence de deux Notaires , ou d'un Notaire & de deux témoins ; que l'un des Notaires ait écrit les dispositions telles qu'elles lui ont été dictées , & qu'ensuite il ait relu au Testateur le Testament , afin qu'il ne s'y glisse aucune chose contre sa volonté. Il faut encore , que le Testateur ratifie cet Acte d'une manière particulière , & qu'il y mette en quelque sorte le dernier sceau par sa signature. C'étoit la disposition textuelle de l'Ordonnance d'Orléans Art. LXXXIV. & de celle de Blois Art. LXIX. & CLXXV. Cependant , quoique l'Ordonnance de Blois requit , que les Notaires déclarassent que le Testateur avoit signé , néanmoins il a toujours été jugé que lorsque le Testateur a signé le Testament , la déclaration du Notaire est inutile ; l'effet étant plus fort que les paroles. La nouvelle Ordonnance y est conforme.

Elle requiert aussi , qu'à la signature du Testateur soit jointe celle des Notaires , ou du Notaire & des témoins. L'Ordonnance de Blois exigeoit à la vérité la signature des témoins , mais ne parloit point de celle des Notaires. On n'a cependant jamais révoqué en doute , que leur signature ne fut d'une nécessité absolue ; mais quelques-uns prétendoient qu'elle n'étoit pas nécessaire dans l'instant du Testament , & qu'elle étoit toujours bonne ,

pourvû qu'elle précédât la mort du Testateur. Pour fixer toutes les incertitudes à cet égard, est intervenu Arrêt de reglement le 18 Mars 1624. qui enjoint aux Notaires de signer les Testamens en présence des Testateurs, avant que de se transporter ailleurs.

L'Ordonnance a confirmé ce Reglement. Les termes dont elle se sert sont infiniment remarquables. *Après quoi ledit Testament sera signé par le Testateur, ensemble par les deux Notaires*; ce qui marque parfaitement une unité d'action entre la signature des Notaires, & celle du Testateur qu'elle doit accompagner immédiatement.

Et en cas que le Testateur déclare qu'il ne sçait ou ne peut signer, il en sera fait mention.

Cette disposition est exactement modelée sur celle des Ordonnances d'Orléans & de Blois; avec cette différence néanmoins, dont on a fait mention sur l'Article V. précédent, que notre Ordonnance ne dit pas, comme celles d'Orléans & de Blois *si le Testateur & les témoins ne peuvent ou ne sçavent signer, il en sera fait mention*, mais seulement *si le Testateur ne sçait signer*. On fera sentir incessamment l'importance de cette remarque.

A R T I C L E XXIV.

N'entendons déroger aux Coutumes & Usages des Pays où les Offi-

ciens de Justice , y compris les Greffiers , ou les Officiers Municipaux , sont au nombre des personnes publiques qui peuvent recevoir des Testamens , ou autres dispositions à cause de mort ; ce que nous voulons pareillement avoir lieu dans les Provinces régies par le Droit écrit où le même usage seroit établi.

La plupart des Coutumes des Provinces de Picardie & Champagne autorisent les Officiers de Justice , même les Officiers municipaux y compris les Greffiers , à recevoir les Testamens. La Coutume de Laon en Vermandois l'exprime d'une manière bien précise dans l'Article LVIII. *Avant qu'un Testament soit réputé solennel , (y est-il dit ,) est requis qu'il soit écrit & signé de la main du Testateur , ou passé pardevant deux Notaires , soit d'Eglise ou de Courlaye , ou pardevant un Notaire en présence de deux témoins , ou pardevant le Cure de la Paroisse du Testateur , ou son Vicaire général & deux témoins , ou du Maire , Bailli , Prévôt de la Justice ordinaire dudit lieu , ou du Greffier de ladite Justice , & l'un d'eux en présence de deux témoins*

La Coutume d'Amiens Article LV. celle de Rheims Article CCLXXXIX. celle de Saint-Quentin Article XXI. celle du Gouvernement de Péronne-Roye & Mont-Didier

Article CLXII. celle de Châlons sur Marne
Article LXVII. & plusieurs autres ont les
mêmes dispositions à l'égard des Officiers de
Justice & municipaux.

A R T I C L E X X V.

*Les Curés séculiers ou réguliers , pour-
ront recevoir des testamens ou au-
tres dispositions à cause de mort ,
dans l'étendue de leurs Paroisses, &
ce , seulement dans les lieux où les
Coutumes ou Statuts les y au-
thorisent expressément , & en y
appelant avec eux deux témoins ;
ce qui sera pareillement permis
aux Prêtres séculiers préposés par
l'Evêque à la desserte des Cures ,
pendant qu'ils les desserviront ,
sans que les Vicaires , ni aucu-
nes autres personnes Ecclesiasti-
ques puissent recevoir des testa-
mens ou autres dernières dispo-
sitions. N'entendons rien innover
aux reglemens & aux usages ob-
servés dans quelques Hôpitaux
par rapport à ceux qui peuvent y*

recevoir des testamens ou d'autres dispositions à cause de mort.

Les Curés séculiers ou réguliers , pourront recevoir des Testamens dans l'étendue de leur Paroisse , en y appelant avec eux deux témoins.

Le droit , confirmé ici aux Curés , de recevoir comme personnes publiques les Testamens à l'instar des Notaires , leur est dévolu par la disposition textuelle & unanime de la plus grande partie des Coutumes, & singulièrement par celle de Paris Art. CCLXXXIX. L'Ordonnance étend ce droit aux Curés réguliers aussi bien qu'aux séculiers. Car quoiqu'en général les réguliers soient morts civilement par état , & par conséquent dans une incapacité active & passive de tous les Actes de la Société Civile ; cependant les meilleurs Auteurs ont toujours pensé , que lorsqu'ils étoient faits Curés , cette nouvelle qualité les rendoit habiles à recevoir les Testamens comme les autres Curés. Les Loix de l'Etat souffrant qu'ils possèdent des bénéfices , ils doivent être admis à faire toutes les fonctions qui en dépendent.

Mais les Curés , quels qu'ils soient , sont exactement resserrés & circonscrits dans les limites de leur Paroisse , parce que , hors de ces bornes , ils n'ont plus de qualité.

Le Curé n'est point obligé d'appeler avec lui plus de témoins que le Notaire. Deux lui suffisent comme à ce dernier pour rendre au-

tentiques les dispositions qu'il reçoit. Néanmoins , suivant la Coutume de Paris , le Curé étoit obligé d'en appeller trois. Mais il reste sur ce point une difficulté très-importante , qui est de sçavoir , si le seul Curé joint au Notaire qui reçoit le Testament , suffit pour assurer la vérité du Testament. Il est vrai que la Coutume de Paris ne laisse aucun doute sur ce point. L'Article CCLXXXIX. qui est le siège de la matiere , y est précis. Mais l'Ordonnance semble y avoir dérogé tacitement , & il paroît qu'elle a voulu mettre de la différence en cela , entre les Notaires & les Curés. Car elle laisse l'alternative pour les Notaires , ou d'en prendre deux ensemble , ou un seulement & deux témoins ; en quoi elle est conforme exactement à la Coutume de Paris. Mais quant aux Curés , elle dit seulement , qu'ils pourront recevoir des Testamens en présence de deux témoins , sans ajouter , comme a fait la Coutume de Paris , que quand ils assisteront un Notaire , ils tiendront lieu de deux témoins. De sorte que l'on seroit tenté de conclure , que dans ce dernier cas , où c'est le Notaire qui reçoit le Testament , le Curé n'y étant que comme témoin , ne peut suppléer seul au nombre de deux requis par l'Ordonnance.

Et ce seulement dans les lieux où les Coutumes , ou Statuts les y autorisent expressément.

Les Curés tirent leur droit de recevoir des Testamens , du Droit Canon au Chapitre *Cum*

esses de Testam. conçu en ces termes. *Testamenta quæ Parochiani coram Præsbytero suo & tribus vel duabus aliis personis idoneis in extremâ fecerint voluntate, firma decernimus permanere sub interminatione anathematis, prohibentes ne quis hujusmodi audeat rescindere Testamenta.* On sent que dans l'exacte regle, ce décret canonique ne fait point une loi parmi nous en matieres civiles, comme est sans contredit celle des Testamens; nous ne reconnoissons d'autre droit de rigueur, que les Ordonnances de nos Rois & nos Coutumes. Mais dans ces siecles ténébreux, où les Ecclésiastiques ont si fort anticipé sur la puissance temporelle, ils en ont fait une Loi, qui, depuis que leurs entreprises ont été reprimées, s'est convertie en usage. Ils avoient même alors poussé les choses jusqu'au point de ne pas permettre qu'il se fit aucun Testament sans leur participation. C'est ce qu'on voit dans un des Canons du Concile de Narbonne (tenu en l'année 1235. sous le Pape Grégoire IX. & le Roi Saint Louis) lequel après avoir enjoint aux Testateurs, d'appeller le Curé de la Paroisse ou un Prêtre commis en sa place, pour être présent à la confection de leur Testament, ajoute que les Testateurs qui y auront manqué, seront privés de la sépulture ecclésiastique, & que les Notaires qui auront reçu des Testamens sans y appeller le Curé, seront excommuniés. *Quod si Testator Presbyterum vocare contemnat, vel personam ecclesiasticam, ut supra dictum est, ecclesiasticâ careat sepulturâ, & Notariis qui absque dictâ solemnitate Testamenta aut ultimas voluntates receperint, ingressus in Ecclesiam impediatur.* Mais la trop grande autorité que les

Ecclésiastiques avoient usurpée sur la puissance temporelle , ayant été peu à peu resserrée dans de justes bornes , les Notaires ont été admis à recevoir des Testamens concurremment avec les Curés , & sans être obligés de les appeller ; & c'est sur ce pied que la plupart des Coutumes ont été reformées. Cependant , comme il en est qui ne prescrivent aucune forme particulière pour les Testamens , on a toujours été dans un usage constant jusqu'à l'Ordonnance , par rapport à ces Coutumes , de suivre la disposition du Droit Canon. M. le Prêtre en ses Questions de Droit Chapitre 76. rend témoignage que cette difficulté s'étant rencontrée au Parlement , & l'avis ayant été demandé aux Chambres , il fut rapporté que la pratique étoit en France de suivre pour les solennités des Testamens , celles qui sont prescrites au Chapitre *cum esset de Testam.* C'est ce qui est encore attesté par Me Charles du Moulin sur l'Article XCVI. de la Coutume de Paris , *nombre 3.*

Néanmoins plus on considère de près cette pratique d'admettre les Curés à recevoir des Testamens , même dans les lieux où les Coutumes ne l'ordonnent pas , plus elle paroît n'avoir pour baze qu'une décision qui n'est pas reconnu pour loi en France dans ces sortes de matières. Il étoit donc juste de réformer cet usage dans tous les lieux où il n'avoit pas été confirmé expressément par une autorité légitime. C'est pour cela que , suivant la nouvelle Ordonnance , les Curés ne pourront recevoir à l'avenir de Testamens que dans les lieux où ils sont expressément autorisés par les Coutumes ou Statuts. Ainsi dans les Cour

tumes qui n'en parlent point , ils en sont maintenant formellement exclus.

Ce qui sera pareillement permis aux Prêtres séculiers , préposés par l'Evêque à la desserte des Cures , pendant qu'ils les desserviront.

Le droit de recevoir les Testamens est aussi communiqué aux Desservans quand les Cures ne sont pas remplies ; ils représentent le Curé ; ils en font toutes les fonctions , & par une suite nécessaire ils doivent jouir de tous les droits attachés à la qualité de Curé , tant qu'ils le représentent. Mais ce qu'il ne faut pas perdre de vûe , c'est que les religieux qui desservent en sont exclus. C'est un droit accordé par l'Ordonnance aux Desservans séculiers seuls.

Sans que les Vicaires , ni aucunes autres personnes Ecclésiastiques puissent recevoir des Testamens ou autres dispositions.

L'Ordonnance déroge par cette disposition à un très-grand nombre de Coutumes, qui permettoient aux *Vicaires* , aussi bien qu'aux *Curés* , de recevoir les Testamens. On peut mettre en tête la Coutume de Paris Article CCLXXXIX. *Pour réputer un Testament solennel , est nécessaire qu'il soit écrit & signé du testateur , ou qu'il soit passé pardevant deux Notaires , ou pardevant le Curé de la Paroisse du Testateur ,*

Testateur, ou son Vicaire général & un Notaire ou dudit Curé, ou Vicaire & trois témoins, & qu'il ait été dicté & nommé par le testateur auxdits Notaires, Curé, ou Vicaire général, & depuis à lui relû en la présence d'iceux Notaires, Curé, ou Vicaire, Notaire ou Tabellion, &c.

Il seroit trop long de rapporter & même citer tous les textes des Coutumes qui conférèrent aux Vicaires le pouvoir de recevoir des Testamens. Mais comme il est extrêmement dangereux de trop multiplier les Ministres des dernières volontés des hommes, lesquelles ne peuvent être déposés en des mains trop sûres ; l'Ordonnance a cru devoir ôter aux Vicaires un pouvoir qui, bien loin d'avoir aucune relation à leur ministère, est au contraire d'une nature toute différente.

ARTICLE XXVI.

Le Curé ou le Desservant seront tenus, incontinent après la mort du testateur, s'ils ne l'ont fait auparavant, de déposer le testament, ou autre dernière disposition, qu'ils auront reçu, chez le Notaire ou Tabellion du lieu ; & s'il n'y en a point, chez le plus prochain Notaire Royal, dans l'étendue du Bailliage & Senéchaussée, dans laquelle la Paroisse est située, sans

que lesdits Curés ou Desservans puissent en délivrer aucunes expéditions , à peine de nullité desdites expéditions , & des dommages & intérêts des Notaires ou Tabel lions , & des parties qui pourroient en prétendre.

Aux termes de l'Article CCXCI. de la Coutume de Paris , les Curés étoient obligés d'inscrire sur un registre les Testamens qu'ils recevoient conjointement avec les baptêmes , mariages & sépultures , & de mettre ces registres de trois mois en trois mois aux Greffes Royaux , dans les Villes où il y avoit Juge Royal , & dans les autres lieux en la Justice ordinaire. De sorte que dans l'interval de ces trois mois , ils étoient , sans difficulté , autorisés à délivrer des expéditions ou des extraits de ces mêmes Testamens , à ceux qui pouvoient en avoir besoin , puisqu'ils en étoient pendant ce tems-là seuls dépositaires.

Dans la suite l'Ordonnance de 1667. a changé cet interval pour les registres des baptêmes , mariages & sépultures. Mais il n'a point été parlé des Testamens dans tous les réglemens qui ont été faits pour la forme , l'usage & l'apport de ces registres , soit dans l'Ordonnance de 1667. soit dans la Déclaration faite sur cette Ordonnance le 9 Avril 1736. C'est pourquoi le Législateur considérant que ce n'est en quelque sorte qu'un ministère d'*emprunt* & de nécessité qu'exercent les Curés

lorsqu'ils reçoivent des Testamens ; la nouvelle Ordonnance leur défend d'en délivrer aucunes expéditions, & leur enjoint de les déposer aussi tôt après la mort du Testateur, chez le Notaire du lieu, ou le Notaire Royal le plus prochain, seuls Officiers compétens de droit, pour en donner des copies valables & authentiques.

CHAPITRE III.

Des formalités des Testamens Militaires.

Les Testamens faits par les Soldats ont toujours été dans une très-grande faveur chez les Romains. Dès l'origine de leur République & dans ces premiers tems où ils n'admettoient d'autre forme de tester que celle qui se faisoit dans les assemblées publiques, *calatis comitiis*, & où ils croyoient que leurs dernières volontés n'étoient point en sûreté si elles n'avoient tout le Peuple Romain pour témoin & pour dépositaire, ils avoient dès lors introduit une espèce de Testament particulière pour les Soldats, que ces derniers pouvoient mettre en usage *in procinctu*, c'est-à-dire, lors-

qu'ils étoient prêts à combattre ; de peur qu'en mourans dans l'expédition , ils ne décedassent *ab intestat*.

Dans la suite ces deux sortes de Testamens ayant été abolies , les Romains firent succéder à ceux appelés *in procinctu* , une autre espece de Testament, nommé en général *Testamens Militaires*, auxquels ils accordèrent des prérogatives singulieres. On prétend que c'est Jules César qui en est l'Auteur. La forme de ces Testamens est proprement de n'en avoir aucune & d'être exempts de toutes. De quelque façon qu'un Soldat eut fait connoître sa volonté dernière , elle devoit être exécutée , aussi tôt qu'elle étoit connue. *Faciant igitur testamenta quomodo volent* , dit la Loi première, *D. de Milit. testam.* en parlant des Soldats , *faciant quomodo poterunt ; sufficietque , ob bonorum suorum divisionem faciendam , nuda voluntas testatoris.*

Nous avons été long-tems en France à admettre ces sortes de testamens. Dans la suite cependant ils ont été introduits. Ils avoient même déjà lieu du tems de Dumoulin , comme ce grand Jurisconsulte nous l'atteste sur la Coutume de Nivernois , Chapitre 33. Article XIII.

Mais comme jusqu'à présent ils ne de

voient leur établissement parmi nous qu'à l'usage , l'Ordonnance a bien voulu en faire une loi expresse en faveur de ceux qui font profession de l'Art Militaire. N'est-il pas juste en effet que ceux qui sont à tous instans exposés à répandre leur sang & à prodiguer libéralement leurs vies pour le service du Prince & de la Patrie , trouvent dans les Loix une protection singulière , sur-tout dans un tems où ils ne peuvent suppléer par le conseil d'autrui à leur ignorance naturelle des Loix , des Coutumes & de la Jurisprudence.

Il eut été néanmoins à craindre que ces privilèges , si justes dans leur principe & si favorables en eux-mêmes , ne dégénéraissent en un abus très pernicieux , si le Législateur n'avoit pris des précautions sages pour empêcher , autant qu'il étoit possible , que leur trop grande extension n'engendrât ou ne servit à couvrir la suggestion. C'est pour cela que notre Ordonnance y a mis quelques bornes , en prescrivant dans les trois Articles XXVII. XXVIII. & XXIX. les seules manieres dont il est loisible aux Soldats de manifester leurs dernieres volontés : l'Article XXX. marque dans quel tems & dans quelle situation les Soldats en peuvent profiter. L'Article XXXI. explique quels

font ceux qui peuvent user de ces sortes de Testamens sans être Officiers ni Soldats ; & enfin l'Article XXXII. en définit la durée.

A R T I C L E X X V I I .

Les Testamens , Codiciles & autres dispositions à cause de mort , de ceux qui servent dans nos armées , en quelque Pays que ce soit , pourront être faits en présence de deux Notaires , ou Tabellions , ou d'un Notaire ou Tabellion & de deux témoins , ou en présence de deux des Officiers ci-après nommés ; sçavoir les Majors & les Officiers d'un rang supérieur , les Prévôts des Camps & Armées , leurs Lieutenans ou Greffiers & les Commissaires des Guerres , ou de l'un desdits Officiers , avec deux témoins , & en cas que le Testateur soit malade ou blessé , il pourra aussi faire ses dernières dispositions en présence d'un des Au-

môniers de nos troupes , ou des Hôpitaux , avec deux témoins ; & ce , encore que lesdits Aumôniers fussent réguliers.

*Les Testamens , Codiciles & autres dispositions à cause de mort de ceux qui servent dans nos armées en quelque Pays que ce soit , pourront être faits en présence de deux Notaires ou Tabellions , ou d'un Notaire ou Tabel-
lion.*

Jusqu'ici l'Ordonnance semble ne pas accor-
der de grandes prérogatives aux Testamens Militaires ; puisque pour les Testamens ordi-
naires, en pays Coutumier , on ne requiert pas
de plus grandes formalités que celles qui vien-
nent d'être prescrites , c'est-à-dire , de les
faire en présence de deux Notaires ou d'un
Notaire & de deux témoins. Mais ce , en quoi
consiste le privilège même en ce'a , c'est que si
le Testament Militaire étoit fait en pays de
droit écrit , il vaudroit même en cette forme ,
quoiqu'elle ne fut pas suffisante pour les Testa-
mens ordinaires dans ces Provinces. Aussi
l'Ordonnance se sert-elle de ces termes énergi-
ques , *en quelque pays que ce soit.*

*Ou en présence de deux des Officiers
ci-après nommés , sçavoir les Majors*

& les Officiers d'un rang supérieur, les Prévôts des Camps & Armées, leurs Lieutenans ou Greffiers & les Commissaires des Guerres ou l'un desdits Officiers avec deux Témoins

S'il étoit possible aux Soldats & à ceux qui sont engagés dans le service, de pouvoir toujours trouver deux Notaires ou un Notaire & deux témoins lorsqu'ils veulent tester, ce seroit sans difficulté la voye la plus sûre & la moins suspecte. Mais il peut arriver, & il arrive presque toujours, qu'ils n'ont pas cette commodité, comme lorsqu'ils se trouvent en pleine Campagne, parce qu'il n'y a point de Notaires à la suite du Camp. Ainsi l'Ordonnance veut que dans ces sortes de cas, les dernières volontés de ceux qui sont dans les Troupes fassent leur effet, pourvû qu'elles soient exprimées en présence de deux des Officiers ci-après; sçavoir des Majors & autres Officiers d'un rang supérieur; des Prévôts des camps & armées & leurs Lieutenans & Greffiers & des Commissaires des Guerres; ou en présence de l'un de ces Officiers & de deux témoins. Il faut observer ici que l'Ordonnance se borne aux seuls Majors inclusivement, exclut par conséquent les simples Capitaines & les Lieutenans, ne les ayant pas jugés revêtus d'un caractère suffisant, pour rendre authentique les dernières dispositions des Soldats, & parer les soupçons de fraude & de suggestion. Ce n'est pas qu'on ne voye tous les jours, dans la plupart de ces Officiers inférieurs

érieurs , autant d'honneur & de probité que dans ceux d'un rang plus élevé.

Et en cas que le Testateur soit malade ou blessé , il pourra aussi faire ses dernières dispositions en présence d'un des Aumôniers de nos troupes , ou des Hôpitaux avec deux témoins ; & ce , encore que lesdits Aumôniers fussent réguliers.

Ce n'étoit pas assés que la Loi eut permis aux personnes engagées dans le service de pouvoir faire leurs Testamens devant un Notaire & deux témoins, ou devant deux Notaires, même dans les pays où cette forme n'est pas suffisante , lorsqu'ils se trouveroient dans des lieux à portée de le faire de cette manière ; ce n'étoit pas assez non plus que dans le cas où ils ne pourroient mettre en usage cette première forme de tester , elle leur eut permis de déposer leurs volontés dernières dans le sein de deux des Officiers du rang par elle désigné , ou de l'un deux en présence de deux témoins ; il est des occasions pressantes où les Soldats ne peuvent se servir ni de l'une ni de l'autre de ces formes , comme lorsqu'ils se trouvent blessés à un siège ou à une bataille, ou dangereusement malades dans les Hôpitaux ; il peut parfaitement arriver que , dans ces instans critiques où ils ont le plus besoin de faire leur Testament, il ne se trouve aucuns des Officiers du rang denommé dans l'Ordonnance. Il a donc fallu , pour ces sortes d'occasions seule-

ment, donner caractère à d'autres personnes ; & c'est ce que l'Ordonnance a fait en la personne des Aumôniers tant des troupes que des Hôpitaux, & ce, quand bien même ces Aumôniers seroient réguliers. Car quoiqu'en général les réguliers ne puissent donner de poids à aucun Acte de la société civile à laquelle ils sont morts, néanmoins dans ces cas, où ils sont Ministres nécessaires, ils le peuvent faire.

ARTICLE XXVIII.

Le Testateur signera les Testamens, Codiciles, ou autres dernières dispositions mentionnées dans l'Article précédent, s'il sçait ou peut signer ; & en cas qu'il déclare ne sçavoir ou pouvoir le faire, il en sera fait mention. Seront lesdits Actes pareillement signés par celui ou ceux qui le recevront, ensemble par les témoins : sans néanmoins qu'il soit nécessaire d'appeler des témoins qui sçachent ou puissent signer, si ce n'est lorsque le Testateur ne sçaura ou ne pourra le faire, à la réserve de ce cas, lorsque

les témoins ou l'un d'eux déclareront qu'ils ne sçavent ou ne peuvent signer , il suffira d'en faire mention.

Le Testateur signera les Testamens , Codiciles ou autres dernieres dispositions mentionnées dans l'Article précédent , s'il sçait ou peut signer ; & en cas qu'il déclare ne sçavoir ou pouvoir le faire , il en sera fait mention. Seront lesdits Actes pareillement signés par celui ou ceux qui les recevront , ensemble par les témoins.

Tout dans cette disposition , pour la signature du Testateur, de l'Officier & des témoins, est entierement conforme aux Articles V. & XIII. précédens & aux Ordonnances d'Orleans & de Blois.

Sans néanmoins qu'il soit nécessaire d'appeller des témoins qui sçachent ou puissent signer , si ce n'est lorsque le Testateur ne sçaura ou ne pourra le faire ; & à la réserve de ce cas , lorsque les témoins ou l'un d'eux déclareront qu'ils ne sçavent ou ne peuvent signer , il suffira d'en faire mention.

Nous verrons dans la suite que pour les Tes-

tamens ordinaires (sur tout lorsqu'ils ne faut que deux témoins) l'Ordonnance exige que ces deux témoins sçachent signer, & signent effectivement : & à l'égard des Testamens qui requierent un plus grand nombre de témoins, qu'il y en ait au moins deux qui sçachent & puissent signer. Mais comme dans les Testamens Militaires il arrive souvent qu'on n'a point la liberté du choix, & qu'il faut prendre nécessairement pour témoins ceux qui se rencontrent, l'Ordonnance les a affranchis de la nécessité d'appeller des témoins qui sçachent & puissent signer, & se contente, par une grâce spéciale, qu'on fasse mention de leur déclaration qu'ils ne sçavent ou ne peuvent signer. Elle y met néanmoins cette exception, c'est que, si le Testateur n'est point en état de signer lui-même, il faudra alors rentrer dans la règle générale d'appeller des témoins qui puissent signer, afin de ne point rendre l'Officier qui recevrait le Testament, seul maître des dernières dispositions des Soldats, si l'on s'en rapportoit à sa seule signature, pour en assurer l'authenticité.

A R T I C L E X X I X.

Seront aussi valables les Testamens, Codiciles & autres dispositions à cause de mort, de ceux qui servent dans nos Armées, en quelque Pays que ce soit, lorsqu'ils seront entièrement écrits, datés

& signés de la main de celui qui les aura faits : déclarons nuls tous ceux qui ne seroient pas revêtus au moins d'une des formes portées aux deux Articles précédens & au présent Article.

Seront aussi valables les Testamens , Codiciles & autres dispositions à cause de mort , de ceux qui servent dans nos Armées , en quelque Pays que ce soit , lorsqu'ils seront entièrement écrits , dattés & signés de la main de celui qui les aura faits.

L'Ordonnance a adopté dans l'Article XXVII. pour les Testamens Militaires , même en pays de droit , la forme dont on use en pays coutumier pour les Testamens solennels. Par les mêmes motifs , elle adopte dans celui-ci , pour les Testamens Militaires , la forme des Testamens Holographes , qui ne sont cependant en usage que dans les pays Coutumiers & dans ceux de Droit écrit du Parlement de Paris seulement ; de sorte qu'un Testament Militaire Holographe peut à présent avoir son exécution par toute la France indistinctement.

Déclarons nuls tous ceux qui ne seroient pas revêtus d'une des formes portées

aux deux Articles précédents & au présent Article.

Conformement aux Articles XXVII. XXVIII. & au présent Article XXIX. les Testamens Militaires peuvent être de deux sortes, ou Holographes ou Solemnels: la forme des Holographes est prescrite dans cet Article : il faut qu'ils soient écrits, dattés & signés par le Testateur. Quant aux Solemnels, ils peuvent être faits de trois manieres ; la premiere pardevant deux Notaires ou un Notaire & deux témoins (c'est la forme ordinaire des Testamens Solemnels en pays Coutumier) la seconde , pardevant deux des Officiers du rang marqué dans l'Article XXVII. ou devant l'un deux en présence de deux témoins : la troisième enfin devant l'un des Aumôniers des Troupes & Hôpitaux en présence de deux témoins. Il y a cependant cette différence essentielle entre cette dernière espèce & les autres, qu'elle n'est point générale, & ne peut être mise en usage que lorsque le Testateur Militaire est ou malade ou blessé.

Si le Testament Militaire n'est point revêtu d'une de ces formes, l'Ordonnance le déclare nul. Et en cela, elle a beaucoup dérogé aux dispositions des Loix Romaines qui n'en requeroient aucune pour ces sortes de dispositions, pourvu qu'il apparût de la volonté du Testateur. C'est ce que marque bien énergiquement la Loi *Milites D. de Militari Testamento*. Si un Soldat blessé marque, avec son sang, dit cette Loi, soit sur son bouclier, soit sur le fourreau de son épée, la dernière

volonté , ou qu'il l'a tracé sur la poussière avec son épée , dans le tems où il est prêt d'expirer dans le combat , qu'elle demeure stable de cette maniere , & qu'elle soit excécutée. *Pro inde sicut juris rationibus licuit , ac semper licebit , si quid in vaginâ , aut clypeo litteris sanguine , uo rutilantibus adnotaverint , aut in pulvere inscripserint gladio sub ipso tempore quo in prælio vitæ sortem derelinquunt , hujus modi voluntatem stabilem esse oportet.*

Il n'étoit pas même nécessaire , suivant les Loix Romaines , qu'il y eut aucune écriture , ni aucune marque extérieure émanée personnellement du Testateur. Sa volonté exprimée & prononcée en présence de quelques témoins , étoit suffisamment authentique ; & c'est ce qui a eu lieu jusqu'à l'Ordonnance présente dans la plupart des Parlemens de Droit écrit , sur tout dans ceux de Bordeaux (a) & de Toulouse (b)

Quant au Parlement de Paris , il faut distinguer , depuis que ces sortes de Testamens ont été admis , jusqu'à l'Ordonnance de Moulins , les Loix Romaines y ont eu lieu dans toute leur étendue. Mais l'Ordonnance de Moulins (c) ayant rejeté la preuve par témoins au-dessus de cent livres , le Parlement , depuis ce tems-là , a totalement rejeté les Testamens nuncupatifs , même Militaires , & s'est renfermé dans l'observation exacte de l'Ordonnance de Moulins. M. le Bret (d) rapporte

(a) Automne en son Commentaire sur la Coutume de Bordeaux.

(b) Maynard , Liv. 5. chap. 39.

(c) Ordonnance de Moulins , Article LIV.

(d) Le Bret , décision liv. 3. chap. 4.

un Arrêt rendu sur ses conclusions , en l'Audience de la Grand'Chambre , qui a déclaré nul un Testament nuncupatif fait par le Capitaine Landry , *in expeditione* , étant au dernier Siège de Soissons , & en conséquence a adjugé les biens aux héritiers *ab intestat*. Henrys^(a) rend témoignage en faveur de cette Jurisprudence pour les Pays de Droit écrit qui sont dans les limites du Parlement de Paris.

Ce n'est pourtant pas , que quoique le Parlement de Paris ait proscrit les Testamens Militaires nuncupatifs depuis l'Ordonnance de Moulins , il n'ait conservé aux Testamens Militaires rédigés par écrit , tous leurs autres privilèges , & ne les ait affranchis de toutes les formalités des Coutumes ; pourvû que d'ailleurs ils fussent faits de maniere , à faire foi de la volonté du Testateur avec quelque sorte de certitude. Nous en avons un exemple dans l'Arrêt rendu le 15 Mars 1592. Le Parlement s'étant à Tours , y a confirmé le Testament fait à l'armée par un Gentilhomme , & reçu par un Notaire qui avoit omis les formalités prescrites par la Coutume de Sens , dans le détroit de laquelle le Testament avoit été fait. Depuis il a encore été rendu un Arrêt en la Grand'Chambre le premier Mars 1638 , conformément aux conclusions de M. l'Avocat Général Talon , qui a ordonné l'exécution d'un Testament mutuel fait au Siège de Dole en l'année 1636. entre deux Officiers d'Artillerie , au profit du survivant.

(a) Henrys , Liv. 5. chap. 37.

ARTICLE XXX.

La disposition des Articles XXVII. XXVIII. & XXIX. n'aura lieu qu'en faveur de ceux qui seront actuellement en expédition Militaire , ou qui seront en quartier ou en garnison hors le Royaume , ou prisonniers chez les ennemis ; sans que ceux qui seront en quartier ou en garnison dans le Royaume , puissent profiter de la disposition desdits Articles , si ce n'est qu'ils fussent dans une place assiégée , ou dans une Citadelle ou autre lieu , dont les portes fussent fermées & la communication interrompue à cause de la guerre.

La disposition des Articles XXVII. XXVIII. & XXIX. n'aura lieu qu'en faveur de ceux qui seront actuellement en expédition militaire , ou qui seront en quartier ou en garnison hors le Royaume , ou Prisonniers chez les ennemis.

Après avoir prescrit dans l'Article précé-

dent les formes que doit avoir le Testament Militaire, l'Ordonnance n'accorde pas à ceux qui sont dans le service, la faculté de s'en servir valablement dans toutes sortes de situations. Ils ne peuvent en faire usage que dans l'un des trois cas qui suivent, ou lorsqu'ils sont en expédition militaire, ou lorsqu'ils sont en garnison ou en quartier hors le Royaume, ou enfin lorsqu'ils sont prisonniers chez les ennemis; parce que dans chacun de ces trois cas, ils sont dans une égale impuissance de suppléer à l'ignorance où ils sont naturellement des Loix, Coutumes & Ordonnances, par les conseils des gens de l'art.

Auparavant que l'Ordonnance eut décidé cette question, elle partageoit les Jurisconsultes en trois classes. Les uns croyoient, que les Soldats ne pouvoient tester militairement, que lorsqu'ils étoient prêts à combattre, assimilant en ce point les Testamens Militaires à ceux que l'on appelloit autrefois *in procinctu*, & qui n'avoient effectivement lieu que dans ce cas. D'autres au contraire, (du nombre desquels est le docte Cujas,) ont pensé, que les Soldats pouvoient user du droit de Testamens Militaires en toute sorte de tems indistinctement, soit qu'ils fussent en expédition, ou en garnison & quartier chez l'ennemi, ou dans le Royaume. Enfin quelques autres, à la tête desquels est Ricard, ont pris un milieu entre ces deux extrémités, & ont décidé, que quoique les Soldats ne dussent pas être autorisés à tester militairement, toujours & indistinctement, néanmoins il n'étoit pas nécessaire, qu'ils fussent pour cela sur le point de combattre, & qu'il suffisoit qu'ils fussent

en campagne *in expeditione*. Ce dernier sentiment a été confirmé par la présente Ordonnance. Il est le plus conforme en effet aux dispositions des Loix Romaines, & en particulier à celle de la Loi 17. au Cod. de *Testam. Milit.* De peur que quelqu'un ne pense (porte cette Loi) qu'il est permis en tout tems aux Soldats de faire leurs Testamens de quelle maniere ils le voudront, nous ordonnons que ceux-là seuls qui sont en expédition militaire, jouïront du bénéfice à eux accordé ci dessus de tester militairement. *Ne quidam putarent in omni tempore licere militibus Testamenta quoquomodo voluerint componere ; sancimus ut solis qui in expeditionibus occupati sunt , memoratum indulgeri circa ultimas voluntates consuecundas beneficium.*

Le paragraphe *sed hætenus*, *Instit. de Milit. Testam.* n'est pas moins formel. Le privilège de tester militairement, y est-il dit, n'est accordé aux Soldats par les Constitutions des Empereurs que tant qu'ils sont dans le service & qu'ils sont en campagne. Car après que les vétérans ont été licenciés, ou que les autres Soldats ne sont plus campés, quoiqu'ils soient encore dans le service, s'ils font un Testament, ils le doivent faire suivant le droit commun. *Sed hætenus hoc illis à principalibus constitutionibus conceditur quatenus militant & in castris degunt. Post missionem vero veterani, vel extra alii, si faciant adhuc militantes Testamentum, communi omnium civium Romanorum jure facere debent.*

Sans que ceux qui seront en quartier ou

en garnison dans le Royaume ; puissent profiter de la disposition desdits Articles , si ce n'est qu'ils fussent dans une place assiégée ou dans une Citadelle dont les portes fussent fermées & la communication interrompue à cause de la guerre.

L'Ordonnance refuse , à ceux qui sont en garnison dans le Royaume en tems de paix , le droit de tester militairement ; parce qu'ils cessent d'avoir pour eux la raison de la Loi , & que s'ils ignorent par eux-mêmes les Loix & les Coutumes , rien ne les empêche en ce cas , de s'adresser à des gens qui les en instruisent. C'est d'après ce principe , que par Arrêt du 30 Avril 1655. en l'Audience de la Chambre de l'Edit , il a été jugé conformément aux conclusions de M. l'Avocat Général Talon , que le Testament fait par le Sieur Delber premier Capitaine du Régiment d'Ysfla Cavalerie , au mois de Juin de l'année 1653. dans la ville de Cadillac , où il étoit pour le service du Roi , ne pouvoit avoir d'effet comme Testament Militaire , n'étant pas d'ailleurs revêtu des formalités nécessaires pour le faire valoir en vertu du droit commun. Cette Jurisprudence est puisée dans les Loix Romaines , qui accordent bien le droit de tester militairement aux Soldats tant qu'ils sont en expédition , *cum in expeditionibus occupati sunt* ; mais qui leur refusent ce privilège , lorsqu'ils sont hors l'armée , dans d'autres lieux , ou dans leurs maisons. *Illis autem temporibus*

per quæ citra expeditionum necessitatem , in aliis locis , vel suis ædibus degunt , minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur.

Cette regle, toute générale qu'elle est, souffre cependant une exception, c'est lorsque la place ou la citadelle, où les Soldats sont en garnison, est assiégée, & que le commerce en est interrompu à cause de la guerre. Alors, comme la ville est devenue en quelque sorte un champ de bataille, où la confusion & le tumulte des armes empêchent les Loix d'avoir leur application, le Testament Militaire doit avoir lieu, comme le décide l'Ordonnance, conformément à l'avis de Ricard,

ARTICLE XXXI.

Ceux qui n'étant ni Officiers , ni engagés dans nos Troupes se trouveront à la suite de nos Armées ou chez les ennemis , soit à cause de leurs emplois ou fonctions , soit pour le service qu'ils rendent à nos Officiers , soit à l'occasion de la fourniture des vivres & munitions de nos troupes , pourront faire leurs dernieres dispositions dans la forme portée par les Articles XXVII. XXVIII. & XXIX. & dans les cas marqués par l'Article XXX.

Cujas étoit d'avis que tous ceux qui se trouvoient dans le camp, pouvoient indistinctement jouir du privilège de tester militairement, soit qu'ils rendissent quelque service dans les troupes ou non, & ce, en vertu de la Loi dernière de *Milit. Testam.*

Ricard au contraire soutenoit fermement, que le sens de cette Loi n'étoit pas d'accorder ce privilège à toutes sortes de personnes, mais seulement à ceux qui ont fonction & emploi dans le camp, c'est-à-dire, ajoute cet Auteur, que les Empereurs ont voulu, que ce privilège ne fut point borné aux personnes qui porteroient actuellement les armes; mais qu'il fut aussi communiqué à ceux qui se trouvoient dans le camp, pour y rendre service à l'Etat, & favoriser les armes des Soldats. Il autorisoit son avis de la Loi unique au Digeste de *bonor. poss. ex Testam. Milit.* Et il tiroit sur-tout un grand argument de la Loi *Tribunus 20 D. de Milit. Testam.* qui décide que le Codicile fait dans le camp, même par le Tribun, auquel un autre a succédé, doit être parfait aux termes du droit commun, & que les formalités requises pour les Testamens ordinaires ne peuvent pas être suppléées par le privilège militaire. *Tribunus militum, si intra dies certos quam successor ejus in castra venerat, manens in castris codicillos fecerit, & ibi decesserit, quoniam desinit militis loco haberi postquam successor ejus in castra venit, ideo communi jure civium Romanorum codicilli ejus æstimandi sunt.* Ce qui montre, remarque le Jurisconsulte, que ce n'est pas le lieu qui cause le privilège, mais l'emploi; puisque le Tribun qui avoit occupé une charge considérable, perd

le droit de faire un Testament Militaire , dès-lors qu'il est dépossédé , quoiqu'il dispose auparavant que d'être sorti du camp. (2)

L'Ordonnance s'est déclarée pour ce dernier sentiment , & exige , que pour pouvoir jouir du privilège militaire , on soit du attaché à l'armée par quelque emploi , ou employé dans la fourniture des vivres & munitions des Troupes ; ou du moins que l'on soit au service de quelques Officiers en particulier. Hors ces cas , ceux qui n'ont dans les Troupes aucunes fonctions publiques ou particulières , n'ont pas le droit de tester militairement , parce que rien ne les y retient , & ne les empêche pour faire leurs Testamens , d'aller dans les lieux où ils peuvent commodément les faire suivant le droit commun.

A R T I C L E X X X I I .

Les Testamens , Codiciles & autres dispositions à cause de mort , mentionnés dans l'Article précédent , demeureront nuls , six mois après que celui qui les aura faits , sera revenu dans un lieu où il puisse avoir la liberté de tester en la forme ordinaire ; si ce n'est qu'ils fussent faits dans les formes qui

(2) Ricard des Donations , I. Part. chap. 5. tit. 4.

sont requises de droit commun , dans le lieu où ils auront été faits.

Les Testamens , Codiciles & autres dispositions à cause de mort , mentionnés dans l'Article précédent , demeureront nuls , six mois après que celui qui les aura faits , sera revenu dans un lieu , où il puisse avoir la liberté de tester en la forme ordinaire.

Comme le privilège des Testamens Militaires n'a été introduit que pour avoir lieu dans le cas d'une occasion pressante , & où il n'est pas moralement possible de prendre toutes les précautions ordinaires , il sembleroit que la durée de ces occasions , devroit être la mesure de la durée des Testamens Militaires , & qu'ils devroient perdre leur effet , aussi-tôt que les Soldats se sont trouvés à portée de rectifier ce qui peut manquer à leurs Testamens , du côté des solemnités , suivant le droit commun.

Néanmoins notre Ordonnance n'a pas voulu aller au delà des Loix Romaines , qui veulent que le Testament Militaire fait par le Soldat , durant le tems qu'il étoit en expédition , subsiste non seulement pendant tout le tems qu'il demeurera dans ce service , mais même encore un an après qu'il aura obtenu son congé. *Quod in castris fecerint Testamentum non communi jure , sed quomodo voluerint , post missionem*

tionem intra annum valebit. §. Sed haftenus Inst. de Testam. Milit. Et si elle y a apporté quelque tempéramment, c'est uniquement par rapport à ceux, qui n'étant ni Officiers, ni engagés dans les Troupes, sont à la suite des armées, soit par des emplois qui les y attachent, soit pour le service des Officiers, soit enfin pour la fourniture des vivres, à l'égard desquels l'Ordonnance veut que les Testamens qu'ils auront faits avec les privilèges militaires demeurent nuls, six mois après qu'ils seront revenus dans un lieu où ils puissent tester dans la forme ordinaire.

Mais quant à ceux qui sont engagés dans les troupes, il paroît que l'Ordonnance n'a rien voulu innover à leur égard, & que les Testamens qu'ils ont fait *in expeditione & intra castra*, vaudront non seulement six mois après qu'ils seront revenus dans des lieux où ils puissent tester dans la forme ordinaire, mais encore pendant toute leur vie, quelque longue qu'elle puisse être, depuis le Testament. S'ils sont demeurés dans le service & y sont décédés, leur Testament Militaire aura toujours son effet, par une suite du privilege qui y étoit attaché dans son principe.

Si ce n'est qu'ils fussent faits dans les formes qui sont requises de droit commun, dans lieu où ils auront été faits.

Quand l'Ordonnance frappe de nullité les dispositions de dernières volontés faites dans la forme militaire par ceux qui sans être Offi-

ciens ni engagés dans les Troupes , sont à la suite des Armées, six mois après qu'ils sont revenus dans un lieu où ils puissent tester dans la forme ordinaire, ce n'est uniquement que dans le cas où la forme dans laquelle sont rédigées leurs dispositions est contraire au droit commun du pays dans lequel elles ont été faites. Ce qui arrive a indubitablement si le Testament a été fait dans tous les pays de Droit écrit autres que ceux du Parlement de Paris. Mais si le Testament militaire a, par exemple, été fait en présence de deux Notaire, ou d'un Notaire & deux témoins conformément à l'Article XXVII. & que l'Armée fut alors en pays coutumier, il n'a pas besoin du privilege Militaire pour se soutenir, & il conservera sa force & vertu, même après les six mois fatals de notre Article, parce qu'il seroit fait suivant le droit commun du pays; il en seroit de même si le Testament étoit Holographe & que l'Armée fut alors ou en pays coutumier ou dans les Provinces de Droit écrit du ressort du Parlement de Paris où les Testamens Holographes sont en usage. La raison en est la même.

CHAPITRE IV.

Des formalités des Testamens faits en tems de Peste.

IL est peu de matières où l'on rencontre une si grande contrariété de Jurisprudence dans les différens Parlemens

que celle des Testamens faits en tems de Peste. On a cru au Parlement de Paris , que bien loin qu'on dût se relâcher dans ces occasions de la rigueur des solemnités ordinaires , on devoit au contraire y tenir la main avec d'autant plus de soin , qu'un homme atteint de cette maladie , étoit abandonné de tout le monde & se trouvoit à la merci de deux ou trois personnes qui pouvoient profiter des terreurs extraordinaires que cause ce fleau , pour lui faire prendre telles impressions qu'ils voudroient soit en leur faveur , soit en faveur d'autres qui les auroient gagnés.

On a suivi une idée totalement différente dans les Parlemens du Droit écrit , & on y a estimé que l'état d'abandonnement où sont ceux qui se trouvent dans cette triste situation , méritoit non-seulement toute sorte de commisération , mais encore une indulgence toute particulière ; & qu'ainsi ce seroit pousser la rigidité jusqu'à la barbarie que d'exiger d'eux les mêmes solemnités dans leurs Testamens que celles qui ont lieu dans le Droit commun.

Une si grande différence de principes a dû produire & a produit en effet une différence énorme de Jurisprudence en-

tre le Parlement de Paris & les Parlemens de Droit écrit. Mais l'Ordonnance a fixé toutes les idées sur ce point , en prescrivant dans les Articles XXXIII. XXXIV. & XXXV. les différentes formes de ces Testamens ; & en marquant dans l'Article XXXVI. quels sont ceux qui peuvent s'en servir , & dans l'Article XXXVII. la durée de ces Actes Nous y joindrons l'Article XXXVIII. qui fait une loi de la datte dans toutes sortes de dispositions.

A R T I C L E X X X I I I .

En tems de Peste , les Testamens , Codiciles ou autres dispositions à cause de mort pourront être faits en quelque Pays que ce soit , en présence de deux Notaires ou Tabellions ou de deux des Officiers de Justice Royale , Seigneuriale ou Municipale , jusqu'aux Greffiers inclusivement , ou pardevant un Notaire ou Tabellion avec deux témoins , ou pardevant un des Officiers ci - dessus nommés ,

aussi avec deux témoins , ou en présence du Curé ou Desservant , ou Vicaire ou autre Prêtre chargé d'administrer les Sacremens aux malades quand même il seroit régulier & de deux témoins.

On ne trouve point auparavant l'Ordonnance d'autre Texte formel de Loix qui ait donné quelque règle sur cette matiere que la *Loi Casus VIII. Cod. de Testam.* Encore n'exempte-t-elle en cette rencontre d'aucunes des solemnités prescrites pour les Testamens ordinaires, si ce n'est qu'elle dispense les témoins de la nécessité où ils sont par le droit commun, de se trouver en même tems, & d'assister conjointement à la solemnité du Testament *Casus majoris ac novi contingentis ratione* (porte cette Loi) *adversus timorem contagionis, quæ testes deterret, licet aliquid de jure relaxatum est, non tamen prorsus reliqua Testamentorum Solemnitas perempta est: testes enim hujus modi morbo oppressos eodem tempore jungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata est.*

Le Parlement de Paris s'est toujours montré rigide observateur de cette Loi. Ainsi toutes les fois qu'il ne s'est pas trouvé, lors des Testamens faits en tems de peste dans les pays de droit écrit de son ressort, le nombre de témoins requis par le droit commun, les Testamens ont été déclaré nuls. Brodeau sur M.

Louet (*a*) fait mention d'un Arrêt intervenu sur un Procès dans lequel il dit avoir écrit, en la premiere Chambre des Enquêtes au rapport de M. Laisné le dernier Août 1630. confirmatif d'une Sentence renduë par le Sénéchal de Lyon le 12 Mars précédent, par lequel le Testament fait en la même ville par un homme malade de la peste, a été déclaré nul. Le motif c'est qu'il n'étoit assisté que de six témoins au lieu de sept. Il a été encore rendu en la Grand'Chambre du même Parlement le 24 Mars 1659. un Arrêt, qui conformément aux conclusions de M. l'Avocat Général Talon, a déclaré de même nul un Testament fait en la même ville de Lyon par un homme infecté de la maladie contagieuse, en conséquence de ce qu'entre les sept témoins qui y avoient assisté, il s'en rencontroit trois ou quatre Religieux.

Le même Parlement de Paris ne s'est pas relâché davantage en faveur des Testamens faits en tems de peste, des formalités prescrites par les Coutumes ou par les Ordonances. (*b*) Par Arrêt prononcé en Robes rouges à la Pentecôte de l'année 1598, le Testament fait par une Femme malade de peste pardevant un Prêtre qui étoit preposé pour porter le S. Sacrement aux pestiférés en présence de trois témoins (sçavoir deux hommes & une femme) a été déclaré nul en une Coutume, qui requiert que les Testamens soient passés pardevant le Curé de la Paroisse ou son Vicaire & trois témoins mâles. Il a été rendu un autre

(*a*) Brodeau sur Louet, let. C. chap. 8.

(*b*) Ricard des Donat. part. prem. Chap. 5 sect. 10.

Arrêt en la Grand'Chambre le huit Mars 1638. au sujet d'un Testament fait en la ville d'Amiens par le sieur de Noyelle Prêtre, décédé de la maladie contagieuse dans les 24 heures de son Testament contenant la déclaration des Notaires qu'il n'avoit pas signé à cause de sa maladie. Mais comme il n'étoit pas fait mention qu'il eût lui même déclaré ne pouvoir signer, après en avoir été interpellé suivant qu'il est prescrit par les Ordonnances, le Testament a été déclaré nul, & il a été ordonné, qu'un précédent Testament par lui fait en l'année 1630. seroit exécuté.

Mais les Parlemens de Droit écrit ont été infiniment plus indulgens, & n'ont pas cru que dans une matiere, aussi favorable, on dût absolument s'en tenir à la Lettre de la Loi. Ils ont toujours jugé valables, au Parlement de Toulouse, les Testamens passés par les pestiférés en présence de cinq témoins, au lieu de sept : ils y admettoient même les femmes pour témoins contre les dispositions des Loix. (a)

On suivoit le même usage au Parlement de Grenoble aussi bien qu'au Parlement de Provence. (b)

Le Parlement de Bordeaux étoit dans les mêmes principes ; avec cette restriction néanmoins que le nombre de cinq témoins suffisoit seulement lorsque la peste étoit grande, mais si elle ne faisoit que commencer dans un lieu, les Testamens n'étoient point exempts du nombre ordinaire des témoins.

(a) D'olive, quest. not. de droit, Liv. 5. chap. 2.

Mainard liv. 5. Chap. 6.

De Cambolas, liv. 6. chap. 9.

(b) D'Expilly, plaid. 39.

Notre Ordonnance a fait en sorte de satisfaire en même tems , par ses sages dispositions , aux deux motifs différens , qui ont entraîné le Parlement de Paris & ceux de Droit écrit dans une si grande contrariété de Jurisprudence ; elle a eu , avec ces dernières Compagnies , toute l'indulgence possible pour des gens qui méritent infiniment d'égards dans une position aussi fâcheuse ; sans cependant perdre de vue les justes précautions que le Parlement de Paris a cru plus nécessaires en ces occasions qu'en toutes les autres , pour empêcher les surprises & les suggestions. C'est pourquoi elle laisse , à ceux qui se trouveront infectés de cette maladie , le choix de trois différentes formes de Testamens publics & solennels qui auront lieu en toutes sortes de Pays & de Parlemens.

1°. C'est de tester en présence de deux Notaires seulement ou de deux Officiers de Justice Royale , Seigneuriale ou Municipale , y compris les Greffiers inclusivement.

2°. Devant un Notaire ou un des Officiers de Justice ci-dessus nommés & de deux témoins.

3°. Enfin en présence du Curé ou Desservant , ou Vicaire , ou autre Prêtre , même régulier , chargé d'administrer les Sacremens aux malades , & de deux témoins.

Cette dernière disposition qui accorde aux Prêtres , mêmes réguliers , chargés d'administrer les Sacremens aux pestiférés , le pouvoir de recevoir les Testamens en présence de deux témoins est juste & peut même être quelquefois la seule voye ouverte dans ces occasions aux malades pour déclarer leurs dernières volontés. Elle est cependant contraire

à un Arrêt du Parlement de Paris rendu en l'Audience de la Grand'Chambre conformément aux conclusions de M. l'Avocat Général Talon le 18 Juillet 1684. Cet Arrêt n'a eu aucun égard au Testament fait par Jean de la Veue Marchand de la Ville de S. Etienne en Forests frappé de la peste lequel avoit été reçu par un Capucin commis pour assister les pestiférés, en présence de sept témoins, dont deux avoient signé; les cinq autres avoient déclaré ne sçavoir signer. (a) La principale cause de la proscription de ce Testament a été qu'il avoit été reçu par un Religieux incapable de faire foi de la solennité d'un tel Acte. Si un pareil Testament se présentoit aujourd'hui & qu'il fut postérieur à l'Ordonnance, il n'auroit assurément pas le même sort.

Par la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, les Religieux étoient autorisés, même avant l'Ordonnance, à recevoir les Testaments en tems de peste. (b)

ARTICLE XXXIV.

Ce qui a été réglé par l'Article XXVIII. pour les Testaments Militaires sur la signature, tant du Testateur que de celui ou ceux qui recevront le Testament, & des té-

[a] Henrys Tom. premier liv. 5. quest. 9.

[b] Cambolas Liv. 6. Chap. 9.

Albert sur le mot Testament. Art. 38.

moins , sera aussi observé par rapport aux Testamens & Codiciles ou autres dispositions faites en tems de peste.

En confrontant l'Article précédent, le présent & les III. suivans avec les Articles XXVII. XXVIII. XXIX. XXX. XXXI. & XXXII. on trouve que l'Ordonnance a presque entierement assimilé les Testamens faits en tems de peste, aux Testamens Militaires, tant dans les formalités qu'elle leur impose, que dans les privileges qu'elle leur accorde respectivement. Dans cet Article entr'autres, le Legislatteur veut que dans les Testamens faits en tems de peste, comme dans les Testamens Militaires, le Testateur signe les Testamens Codiciles, & autres dernieres dispositions, s'il sçait ou peut signer : & qu'en cas qu'il déclare ne le sçavoir ou ne le pouvoir, il en soit fait mention ; que ces Actes soient pareillement signés par celui ou ceux qui les recevront, ensemble par les témoins, sans néanmoins qu'il soit nécessaire d'appeller des témoins qui sçachent ou puissent signer, si ce n'est lorsque le Testateur ne sçaura ou ne pourra le faire ; & à la réserve de ce cas, lorsque les témoins ou l'un d'eux déclareront qu'ils ne sçavent ou ne peuvent signer, qu'il suffit d'en faire mention.

Quant à la signature du Testateur, un Arrêt du Parlenient de Bordeaux du 23 Mai 1644. confirmatif d'une Sentence du Sénéchal de Limoges, a jugé qu'un Testament fait en tems de

peste, non signé du Testateur, & où il n'avoit point été interpellé de signer, étoit valable. (2) Nous avons vû ci-devant que le contraire a été jugé au Parlement de Paris par l'Arrêt du huit Mars 1638. qui a cassé le Testament du sieur Noyelle, parce que le Testateur n'ayant pas signé, il n'étoit pas fait mention dans l'Acte qu'il eut déclaré lui-même ne sçavoir signer, après en avoir été interpellé suivant l'Ordonnance.

A R T I C L E X X X V.

Seront en outre valables en tems de peste, en quelque Pays que ce soit, les Testamens, Codiciles & autres dispositions à cause de mort, qui seront entièrement écrits, datés & signés de la main de celui qui les aura faits : Déclarons nuls tous ceux qui ne seroient pas revêtus au moins d'une des formes portées aux deux Articles précédents, & au présent Article.

Indépendamment des trois formes dans lesquelles l'Ordonnance (Article XXXIII.) permet aux pestiférés de faire leurs Testamens publics & solennels, elle leur laisse

(2) La Peyrere let. T. n. 118.

encore , par celui-ci , la liberté de se servir des Testamens holographes , même dans les Provinces où ces sortes de Testamens n'ont point de cours. Dans ces cas singuliers , le Prince a crue devoir point s'arrêter à la prévention qu'une longue habitude a produite dans les esprits contre les Testamens holographes , dans certaines Provinces de son Royaume ; mais il a consulté seulement , si ces sortes de Testamens peuvent faire exactement foi de la vérité des dispositions du Testateur. Or comme l'expérience prouve depuis long-tems , que de tous les Testamens , les holographes sont ceux où la volonté du Testateur se peint elle-même le plus naturellement & le plus véridiquement , & que c'est tout ce que l'on peut & doit exiger , dans des circonstances aussi critiques que celles de la peste ; la Loi a dérogé pour ces cas seulement , aux anciens usages des Parlemens de Droit écrit. Nous avons vu sur l'Article XXIX. qu'elle admet la même chose pour les Testamens Militaires,

Mais si l'Ordonnance a bien voulu se relâcher en faveur de ces deux especes de Testamens privilégiés , elle ne permet pas non plus , que l'on aille au-delà des bornes qu'elle a marquées. De sorte que si un Testament fait en tems de peste ou Militaire , n'étoit pas revêtu d'une des formes qu'elle a prescrites , il seroit nul de plein droit. C'est en particulier , pour les Testamens faits en tems de peste , ce que contient la dernière disposition de cet Article. *Déclarons nuls* , y est-il dit , *tous les Testamens , Codiciles & autres dispositions à cause de mort , qui ne seroient pas revêtus au moins*

d'une des formalités portées aux deux Articles précédents , & au présent Article.

A R T I C L E X X X V I .

La disposition des Articles XXXIII.

XXXIV. & XXXV. aura lieu tant à l'égard de ceux qui seroient attaqués de la Peste , que pour ceux qui seroient dans les lieux infectés de ladite maladie ; encore qu'ils ne fussent pas actuellement malades.

Comme l'Article XXXI. communique tous les droits & les avantages des Testamens Militaires , à ceux qui quoique non engagés , ni Officiers dans les Troupes , y sont attachés néanmoins par quelque occupation ou emploi , de même le présent Article étend ceux des Testamens faits en tems de peste , non seulement aux malades , mais encore à ceux qui , sans être encore malades , sont dans des lieux infectés de cette maladie : & il y a dans cette disposition , une très grande raison d'équité. Car outre que ces derniers courent à tout instant les risques d'être attaqués comme les autres , c'est qu'ils sont dans une égale impuissance que les pestiférés , de trouver les commodités nécessaires , pour satisfaire exactement à toutes les formalités que pourroit exiger le droit commun.

ARTICLE XXXVII.

Les Testamens , Codiciles & autres dispositions à cause de mort , mentionnés dans les quatre Articles précédens , demeureront nuls six mois après que le commerce aura été rétabli dans le lieu où le Testateur se trouvera , ou qu'il aura passé dans un lieu où le commerce n'est point interdit : si ce n'est qu'on eut observé dans lesdits Actes les formes requises de droit commun dans le lieu où ils auront été faits.

Suivant le sentiment des Jurisconsultes , avant l'Ordonnance , le Testament d'un pestiféré n'avoit plus d'effet un an après sa guérison , s'il n'étoit fait suivant le droit commun , à l'instar des Testamens militaires , qui perdoient leur force & vertu un an après le congé. Basset rapporte même un Arrêt du Parlement de Grenoble rendu le 9 Juin 1664. qui l'a jugé ainsi. (a)

L'Ordonnance a réduit ce délai d'un an , à six mois , à compter non pas du jour de la guérison du Testateur , qui pourroit être de beaucoup antérieure au rétablissement du com-

(a) Basset , Tome premier liv. 5. tit. premier , chap. 10.

merce dans le lieu , mais seulement du jour que ce même commerce aura été rétabli , ou que le Testateur aura passé dans un lieu , où le commerce n'est point interdit ; parce que ce n'est que de cette époque , que le Testateur a été en état de refaire son Testament avec plus de solennité qu'auparavant.

Cependant si ce Testament étoit revêtu de toutes les formes prescrites par le droit commun du lieu où il a été fait , il auroit autant de force après les six mois qu'auparavant : comme dans l'espece d'un Testament fait en tems de peste en Pays Coutumier , devant deux Notaires , ou un Notaire & deux témoins ; ou d'un Testament holographe , fait dans le même Pays Coutumier , ou dans les Provinces de Droit du Parlement de Paris. Dans ces deux différens cas , il vaudroit également avant & après les six mois de l'Ordonnance.

ARTICLE XXXVIII.

Tous Testamens , Codiciles , Actes de partage entre enfans & descendans , ou autres dispositions à cause de mort , en quelque Pays & en quelque forme qu'ils soient faits , contiendront la datte des jour , mois & an , & ce , encore qu'ils fussent holographes : ce qui sera pareillement observé dans le cas du

Testament mystique , tant pour la datte de la disposition que pour celle de la suscription.

Tous Testamens , Codiciles , Actes de partage entre enfans & descendans , ou autres dispositions à cause de mort , en quelque Pays & en quelque forme qu'ils soient faits , contiendront la datte des jour , mois & an.

La question de sçavoir si dans le Testament , la datte étoit tellement de son essence , que le défaut de datte le rendit nul de plein droit , a partagé les Docteurs. Plusieurs Auteurs modernes se conformant à l'opinion de Cujas , ont décidé , que la datte n'étoit point une partie nécessaire dans les Testamens. *Dubitari potest* , dit Cujas , (a) *an & ascribi dies & Consul debuerit , quâ de re hoc , ex Modestini libris (4 Regularum tit. de bon. lib. & de Testam.) fragmentum à Petro Pitheo viro studiosissimo accipimus ; cum , inquit , in Testamento dies & Consul adjecti non sunt , nihil nocet quominus valeat Testamentum.* D'où il conclut aussi en ces termes : *Sed si non fuerit adscriptus , non ideo minus Testamentum valet.*

L'opinion contraire a été soutenue par des Jurisconsultes qui sont aussi d'un fort grand poids. Tels sont entr'autres Bartole & Ricard. Ces

(a) Cujas , coment. sur la Loi qui Testamento Dig. de Testam.

derniers convenoient , qu'on ne trouve ni dans le Digeste ni dans le Code , aucun texte de Loi formel qui ait expressément décidé , que la datte est d'une nécessité indispensable dans les Testamens. Mais ils prétendoient tirer avantage , pour le prouver , de plusieurs textes de Loix , & notamment de la Nouvelle CXVII. qui en continuant d'exempter les Testamens des peres entre leurs enfans de la plus grande partie des solemnités requises dans les autres Testamens , conserve néanmoins toujours l'obligation d'y apposer la datte ; *primum quidem ejus subscriptione tempus declaret* , dit cette Loi. D'où il sembloit que l'on dût conclure , que puisque la datte a été regardée comme si indispensable , qu'elle n'a pu être remise dans un Testament aussi favorable , & aussi favorisé que celui des peres entre leurs enfans ; à plus forte raison , cette même datte devoit être une formalité de rigueur dans les Testamens ordinaires.

Nous ne trouvons non plus dans nos Ordonnances Françoises aucun texte formel sur la nécessité de la datte. Mais on ne l'a jamais révoquée en doute parmi nous , pour les Testamens reçus devant un Officier public. Cette nécessité de datte a même été supposée bien directement dans l'Ordonnance de Blois , où il est ordonné (Article CLXVII.) aux Notaires , de faire mention dans les Testamens & autres Actes qu'ils passeront , si c'est *avant* ou *après-midi*. Combien plus doivent-ils spécifier l'an , le mois & le jour ; sans lesquels la mention d'*avant* ou *après-midi* deviendroit superflue & inutile ?

D'ailleurs , la datte est d'une conséquence

infinité dans les Testamens par écrit. Car, puisqu'il faut que tout Acte doit porter avec lui sa preuve, & que celle par témoins ne peut y suppléer, sur tout depuis l'Ordonnance de 1667. comment pourroit-on connoître sans datte, si le Testateur étoit en âge, ou s'il n'y avoit point quelqu'autre empêchement, tant de sa part que de celle des témoins, lorsque le Testament a été rédigé par écrit? L'apposition de la datte n'est-elle pas le seul moyen de dissiper tous les doutes, & de faire connoître la vérité? C'est donc avec très-grande raison, que notre Ordonnance a prescrit cette nécessité de datte pour tous les Testamens, en quelques Pays & en quelques formes qu'ils soient faits.

Et encore qu'ils fussent Holographes.

Quoiqu'il ne paroisse aucun vestige dans les livres de Jurisprudence, qu'on ait jamais agité parmi nous la question de sçavoir, si dans les Testamens passés pardevant personnes publiques, l'omission de la datte les rendoit sans effet, parce que tout le monde semble dans tous les tems être convenu de cette vérité, on ne trouve point la même unanimité de sentimens pour les Testamens holographes, ni même d'uniformité dans la Jurisprudence. La question de sçavoir si un Testament holographe étoit nul faute de datte, s'étant d'abord présentée le 18. Mars 1596. la cause après avoir été plaidée très-solemnellement, fut appointée par rapport à la difficulté que la Cour y trouva. (a)

[a] Chopin, Commentaire sur Paris, liv. 2. tit. 4. n. 3.
Peleus, quest. 22.

La même question se représenta le 25 Juin 1612. dans l'espece d'un Testament holographe d'un pere qui y faisoit le partage de ses biens entre ses enfans. Ce Testament fut confirmé, quoiqu'il n'eut point de datte. L'Arrêt en est rapporté par Mornac & par Tronçon. (a)

Mais Ricard en cite un autre, qu'il a ouï lui-même prononcer en l'Audience de la Grand'Chambre le Vendredi 4 Juin 1660. (b) par lequel la Cour, après une plaidoirie de quatre ou cinq Audiences, a confirmé l'exhérédation faite par le Sieur Duplessis de Blancbuisson, de son fils aîné, pour s'être marié contre sa volonté, sans avoir égard à un Acte écrit & signé de la main du pere, qui révoquoit l'exhérédation, & auquel on n'eut aucun égard, parce qu'il étoit sans datte. Ce qui rend cet Arrêt plus considérable, c'est que toute la faveur étoit pour l'Acte sans datte qui révoquoit l'exhérédation; & cependant dans une espece aussi favorable, la Cour a jugé que la datte étoit absolument nécessaire pour le faire subsister.

Néanmoins postérieurement à cet Arrêt il en a été rendu un autre le 28 Juin 1678. aussi en l'Audience de la Grand'Chambre conformément aux conclusions de M. l'Avocat Général Talon, qui a confirmé un Testament fait en forme de Lettres missives datté du 30 de

(a) Mornac, *ad leg. cum Tabernam* 34 parag. *idem quæ sint Dig de Pignor.*

Tronçon sur l'Article CCXCIX. de la Coutume de Paris.

[b] Ricard des Donations, chap. 5. sect. 17.

l'année 1676. sans avoir égard à la circonstance que le nom du mois étoit oublié.

L'Ordonnance n'a point cru que l'on dût sur ce point distinguer les Testamens holographes des autres Testamens par écrit ; parce qu'il y a dans les uns & dans les autres une égale nécessité de sçavoir le tems auquel le Testament a été fait pour connoître si le Testateur étoit alors en âge de tester, ou s'il n'y avoit point quelque autre empêchement en sa personne.

En vain opposeroit-on que la datte est d'autant moins essentielle dans un Acte holographe, qu'il dépend de celui qui le fait, d'y donner celle que bon lui semble. Car outre qu'on ne doit jamais supposer le faux, c'est que la datte a souvent servi de bouffole pour découvrir ce qu'il y a de vitieux dans un Testament. En effet du Moulin (a) fait mention d'un Testament qu'il jugea faux par rapport à sa datte, & en conséquence de ce que le Testateur, voulant prendre trop de précaution, lui avoit donné une datte qui se trouva postérieure à sa mort. Ricard dans l'endroit ci-devant cité, nous donne un pareil exemple d'un prétendu Testament holographe qu'il vît, & dont la fausseté a été découverte par le moyen d'une antidatte, le Faussaire ayant imité la maniere avec laquelle le Testateur écrivoit, au tems auquel il avoit fabriqué la pièce ; & parce que c'étoit proche la mort du deffunt, voulant donner plus de poids à son Ouvrage, & faire paroître que le Testament avoit été fait en pleine santé, il l'avoit datté de quelque tems auparavant. C'est

(a) Du Moulin, sur Paris, parag. 56. nomb. 5.

ce qui fit connoître évidemment la supposition, d'autant qu'il se rencontra une différence notable entre l'écriture du deffunt des deux tems : au lieu que si la datte avoit été donnée au Testament du tems auquel il avoit été fabriqué, il y avoit une imitation si parfaite avec l'écriture du Deffunt de ce tems-là, qu'il eut été impossible d'en découvrir le faux.

Ces deux exemples attestés par deux Jurisconsultes aussi respectables que le sont Dumoulin & Ricard, justifient pleinement que la datte n'est pas moins utile & moins nécessaire dans les Testamens holographes que dans ceux qui sont faits devant des personnes publiques, quoique dans les premieres la datte soit moins certaine que dans les dernieres. Aussi l'Ordonnance en prescrivant l'indispensabilité de la datte de l'an, mois & jour dans tous les Testamens, a-t'elle ajouté, *& ce, encore qu'ils fussent holographes.*

Ce qui sera pareillement observé dans le cas du Testament Mystique, tant pour la datte de la disposition, que pour celle de la suscription.

Cette disposition ajoute à celle de l'Article IX. qui dans les différentes formalités qui y ont été prescrites pour la perfection du Testament mystique ou secret, n'a aucunement parlé de la datte. Elle est ici requise non-seulement dans l'Acte de suscription, mais encore dans le Testament même; parce que comme le Testament & l'Acte de suscription peuvent être faits dans des tems très-éloignés l'un de

l'autre , ce n'est pas assez que le Testateur ait la capacité nécessaire pour tester lors de l'Acte de suscription, il faut encore, à plus juste titre, qu'il l'ait lorsqu'il fait le Testament ; ce qui ne peut se connoître que par l'apposition de la datte dans l'un & dans l'autre Acte.

T I T R E I I.

Des Témoins Testamentaires.

Après avoir détaillé, dans le Titre précédent, les différentes formalités que le Législateur a cru nécessaires pour purger, autant qu'il est possible, les dernières dispositions des hommes, d'impressions étrangères, & pour conserver jusqu'après leur mort, leurs volontés exemptes d'altération & de suggestion, rien n'étoit plus naturel que de passer aux qualités que doivent avoir ceux qui sont choisis pour rendre authentiques par leur témoignage ces dispositions importantes, d'où

dépendent le plus souvent le fort & la fortune des familles. Les témoins sont en effet ceux à la foi desquels la Loi s'en rapporte pour juger de la vérité ou de la fausseté des Testamens. On ne peut donc apporter trop de soins pour les choisir, autant qu'il se peut, purs & exempts de toute suspicion : c'est à quoi tendent les précautions que prend en cette occasion l'Ordonnance.

Dans l'Article XXXIX. elle fixe l'âge des Témoins. Dans les Articles XL. XLI. XLII. XLIII. & XLVI. elle détermine ceux qui ne peuvent l'être & ceux qui le peuvent. Dans les Articles XLIV. & XLV, elle distingue les cas où les Témoins sont obligés de signer tous le Testament, d'avec ceux où il suffit qu'un certain nombre le signe. Enfin les Articles XLVII. & XLVIII. marquent ce que produit, quant à l'Acte, l'inexécution

de ce qui a été ordonné par rapport à la datte & à la forme des Testamens & par rapport aux qualités des témoins ; & de quelle manière doivent être punis les Officiers & les témoins qui auroient reçu ou signé un Testament, sans avoir vu le Testateur & sans lui avoir entendu prononcer ses dispositions.

ARTICLE XXXIX.

Dans tous les Actes à cause de mort où la présence des témoins est nécessaire, l'âge desdits témoins demeurera fixé à celui de vingt ans accomplis ; à l'exception des Pays de Droit écrit, où il suffira que lesdits témoins aient l'âge où il est permis de tester dans lesdits pays

Dans tous les Actes à cause de mort, où la présence des témoins est nécessaire l'âge desdits témoins demeurera fixé à celui de vingt ans accomplis.

L'Ordonnance distingue les Pays Coutumier

miers d'avec ceux de Droit écrit pour l'âge des témoins. Dans les Pays Coutumiers, elle veut qu'ils aient vingt ans accomplis conformément à la Coutume de Paris; *iceux témoins*, y est-il dit dans le milieu de l'Art. CCXCIX. *Idoines, suffisans, mâles & âgés de vingt ans accomplis & non Légataires*. Toutes les Coutumes qui ont été réformées en mêmes tems que celle de Paris, ont une même disposition. Mais il en est quelqu'autres, comme celle de Senlis, qui ne disent rien de précis sur l'âge des témoins, & exigent seulement qu'ils soient idoines & suffisans : ce qui avoit occasionné un grand abus. Car on voyoit tous les jours, dans ces Coutumes, des Notaires prendre pour témoins de jeunes Clercs à l'âge de quinze à dix-huit ans, tels qu'ils se rencontroient. C'est pourquoi l'Ordonnance a jugé à propos, pour remédier à ce désordre, d'étendre aux Coutumes qui ne parlent point de l'âge des témoins, la disposition générale de toutes les autres qui requierent dans les témoins l'âge de vingt ans accomplis.

A l'exception des Pays de Droit écrit, où il suffira que lesdits témoins aient l'âge où il est permis de tester dans lesdits Pays.

Cette règle que ceux qui n'ont point l'âge pour tester, ne peuvent servir de témoins dans les Testamens, est tirée du Paragraphe *Testes VI. Instit. de Testam. ordin. Testes autem adhiberi possunt ei cum quibus Testamenti factio est* : c'en sont les termes. Or comme on ne pouvoit

faire de Testament chez les Romains qu'on n'eut atteint la pleine puberté, qui étoit dix-huit ans accomplis, il suit qu'on n'y pouvoit être témoin non plus qu'à cet âge : & qu'ainsi l'âge des témoins en pays de Droit écrit doit être au moins de dix-huit ans.

ARTICLE XL.

Les témoins seront mâles, regnicoles, & capables des effets civils ; à l'exception seulement du Testament Militaire, dans lequel les Etrangers non notés d'infamie, pourront servir de témoins.

Les témoins seront mâles.

Les Loix Civiles sont précises à cet égard & n'admettent point les Femmes pour témoins dans les Testaments. *Mulier Testimonium dicere in Testamento quidem non poterit. (a)* On trouve encore dans les Institutes un texte qui n'est pas moins formel : *sed neque mulier, neque impubes, neque &c. possunt in numerum Testamentum adhiberi. (b)*

Nombre de Coutumes, & en particulier celle de Paris, ont suivi le Droit Romain, & ont exclu les Femmes d'entre les témoins Testa-

(a) *leg. qui Testamento Dig. de Testam.*

(b) *Instit. de Testam. ord. paraz. Testes.*

mentaires. De sorte que , & dans ces Coutumes qui ont des dispositions expressees & dans les pays qui suivent le Droit écrit, on n'a jamais pû admettre le témoignage des Femmes dans les dernieres dispositions.

Mais comme il est des Coutumes qui gardent le silence à cet égard , devoit-on suivre ce qu'ordonnent le Droit civil & les autres Coutumes , ou non ? C'est ce qui faisoit avant cette Ordonnance une grande question.

Ricard (a) s'étoit déclaré en faveur des Femmes : il decidoit que dans les Coutumes qui n'ont point de dispositions exclusives à leur égard, elles devoient être admises, avec d'autant plus de fondement qu'il se trouve des hommes beaucoup moins intelligens que les femmes, & qu'on ne choisit point l'industrie pour rendre témoignage ; que d'ailleurs l'auteur de la Glose sur la Loi dernière au *Code de Codicill. verb. quinque testes* , est davis que les Femmes, aux termes du Droit Civil , étant seulement exclues de servir de témoins dans les Testamens, rien n'empêchoit qu'elles ne pussent être employées en cette qualité dans les Codicilles ; ce qui devoit servir de décision parmi nous, suivant Ricard ; d'autant que nos Testamens ont beaucoup plus de rapport aux Codicilles qu'aux Testamens solennels des Romains.

Le même Auteur se sert encore en faveur des Femmes d'un second argument tiré de ce que la prohibition d'admettre les Femmes pour témoins Testamentaires tiroit son origine parmi les Romains, de ce que les Testamens ne se

(a) Ricard des Donations part. premiere Chap. 7. sect. 8.

pouvoient faire dans l'ancien Droit que dans les assemblées publiques *in Comitiis*, où les Femmes n'étoient point appelées. Or comme, ajoute-t'il, cette cause est particuliere au Droit Romain & n'a jamais eu lieu parmi nous dans le pays Coutumier, il n'est pas juste d'en admettre l'effet dans les Coutumes qui ont gardé le silence.

Des raisons si plausibles en apparence n'ont cependant pas trouvé grace devant le Législateur. L'Ordonnance veut qu'en tous pays les témoins Testamentaires soient *mâles*, sans aucune distinction des Coutumes qui en parlent, d'avec celles qui n'en parlent pas.

Régnicoles & capables des effets civils.

Cette partie de notre Article est conforme au Droit Civil, qui n'admettoit pour témoins Testamentaires que les Citoyens Romains, *presentibus septem testibus civibus Romanis*. On ne peut en effet dans des actes si susceptibles de fraude, employer le témoignage de personnes trop connues.

Mais il ne suffit pas que ces personnes soient connues, il faut encore qu'elles soient à l'abri de tout soupçon par leur probité & par leur conduite, autant qu'il se peut; d'où il suit que ceux qui sont incapables des effets civils, ont une double incapacité pour rendre témoignage dans les Testamens; la première résulte de ce qu'étant retranchés de la société civile, ils ne peuvent faire ni contribuer à la perfection d'aucun Acte de cette même société dont ils ne sont plus membres; la secon-

de consiste en ce qu'ayant été pour l'ordinaire bannis de la société pour leurs crimes, leur témoignage est plus capable de répandre des soupçons sur le Testament que d'en assurer la vérité & l'authenticité. Le Paragraphe *Testes VI. instit. de Testam. ordin.* les désigne aussi parmi ceux qui ne peuvent être témoins Testamentaires, en ces termes, *neque ii, quos leges jubent improbos, intestabilesque esse, possunt in munus Testium adhiberi.*

A l'exception seulement du Testament Militaire, dans lequel les Etrangers non notés d'infamie pourront servir de témoins.

L'exception que fait ici la Loi en faveur du Testament militaire est infiniment judicieuse. Il peut en effet se rencontrer mille occasions où les Soldats ne se trouveroient entourés que d'Etrangers, après avoir été blessés à mort dans une Bataille ou être tombés dangereusement malades chez les Ennemis. Ils courent donc risque de mourir *intestat*, s'il ne leur eut été permis de se servir du témoignage des Etrangers. La conduite qu'exige pour cela dans les Etrangers l'Ordonnance, par tous les inconveniens : elle veut qu'ils ne soient point notés d'infamies afin qu'étant d'une réputation sans atteinte & sans reproche, ils puissent être sûrs & non suspects garans des dernières dispositions dont ils ont été les témoins.

ARTICLE XLI.

Les Réguliers , Novices ou Profès , de quelque Ordre que ce soit , ne pourront être témoins dans aucuns Actes de dernière volonté , sans préjudice néanmoins de l'exécution des Articles XXV. XXVII. & XXXII. en ce qui concerne le pouvoir de recevoir des Testamens , accordé aux Réguliers , en conséquence des qualités mentionnées ausdits Articles.

Les Réguliers , Novices ou Profès de quelque ordre que ce soit , ne pourront être témoins dans aucuns Actes de dernière volonté.

Nonobstant la prohibition contenue dans l'Article précédent , de prendre pour témoins testamentaires ceux qui sont morts civilement , peut-être quelques-uns auroient-ils pu croire , que les Religieux , quoique devenus incapables volontairement des effets civils , doivent être exceptés , étant présumés avoir plus de probité que le commun , par la vie régulière qu'ils professent , & par conséquent être en état de rendre un témoignage beaucoup

plus sûr que le reste des hommes.

C'est sans doute par ces considérations qu'on n'a fait jusqu'à l'Ordonnance aucune difficulté de confirmer des Testamens dans lesquels les Religieux ont été témoins , dans les Parlemens qui suivent le Droit écrit. M. de Cambolas (a) nous l'assure pour le Parlement de Toulouse ; Boniface (b) rapporte plusieurs Arrêts qui ont jugé la même chose au Parlement de Provence. Guy Pape (c) atteste l'avoir ainsi vû juger au Parlement de Grenoble. Papon (d) fait mention d'un Arrêt semblable du même Parlement de l'année 1469. Le Président Faber (e) décide d'abord , que les Religieux ne peuvent être témoins dans les Testamens , parce qu'en cela ils se mêleroient des choses séculières , & qu'il faudroit qu'ils comparussent devant le Juge ; *Quia ex hoc ingerunt se secularibus , & oportebit eos venire coram Judice*. Cependant , dans la suite , il se laisse aller jusqu'à dire qu'ils le peuvent , pourvû que ce soit avec la permission de leurs Supérieurs. D'autres Jurisconsultes (f) ont été plus hardis que lui , & ont décidé qu'ils le pourroient , même sans la permission de leurs Supérieurs.

La Jurisprudence du Parlement de Paris est toute contraire. Dufresne (g) rapporte un

(a) Cambolas , liv. 5. chap. 35.

[b] Boniface , suite des Arrêts du Parlement de Provence , Tome 3. pag. 19.

[c] Guy Pape , décis. 517.

[d] Papon , recueil d'Arrêt liv. 9 tit premier nomb. 32.

(r) Faber Corn. sur les Inst. de Testam. ord. sur le mot Testes.

(f) Julius Clarus , parag. Testamentum , quest. 45.)

[g] Journal des Audiences , premier volume.

Arrêt rendu en l'Audience de la Grand'Chambre le 22 Mai 1645. qui a jugé que deux Chanoines réguliers de l'Ordre de Saint Augustin n'avoient pû servir de témoins dans un Testament , quoique l'un fut Vicaire de la Paroisse , & l'autre employé à la Sacristie. Mais Ricard (a) qui dit avoir été présent à la plaidoirie & à la prononciation de cet Arrêt , prétend qu'il y avoit dans ce Testament plusieurs autres nullités qui ont pû influencer beaucoup sur le jugement.

Cependant le même Ricard rapporte à ce sujet deux autres Arrêts : l'un est du premier Avril 1656 : les enfans de Pierre Bidaud y ont été déboutés de leur demande en ouverture de substitution , parce qu'entre les sept témoins qui avoient assisté au Testament , fait dans le Couvent des Carmes de la Ville de Lyon , il se trouvoit quatre témoins du même Monastère. Par le second Arrêt donné en l'Audience de la Grand'Chambre le 22 Mars 1659. que Ricard lui-même assure avoir ouï prononcer , & qui est intervenu sur la Requête civile obtenue contre le premier , la Cour conformément aux conclusions de M. l'Avocat Général Talon , a confirmé le précédent Arrêt , & a ordonné que l'un & l'autre seroient lûs en l'Audience de la Sénéchaussée de Lyon , avec défenses aux Notaires , d'admettre les Religieux pour témoins dans les Testamens.

Ces deux Arrêts , comme le remarque Ricard , sont d'autant plus considérables , que le Testament dont il s'agissoit , avoit été fait en tems de peste , & que ceux qui le défen-

(a) Ricard des Donations Part. premiere chap. 5. sect. 8.
doient ,

doient , rapportoient un Acte de Notoriété de la Sénéchaussée de Lyon avec plusieurs Testamens , par lesquels il étoit pleinement justifié , que l'usage de cette Province étoit de recevoir les Religieux pour témoins dans les Testamens.

L'Ordonnance a adopté cette dernière Jurisprudence , & ne souffre pas que des Religieux qui ont volontairement renoncé au monde , y puissent en quelque sorte rentrer & participer aux fonctions civiles , en rendant témoignage dans les Testamens.

Ce ne sont pas seulement les Réguliers qui ont fait profession , qui sont exclus ; ceux-même qui ne sont que Novices participent à la même exclusion : *les Réguliers , Novices ou Profès* , dit l'Ordonnance. Car quoique les Novices ne soient point engagés , quoiqu'ils soient absolument les maîtres de leur état jusqu'après leur profession , cependant tant qu'ils sont Novices , ils portent l'habit de Religieux , ils en remplissent les devoirs , ils en suivent l'état , & par conséquent , ils doivent être sujets pendant tout ce tems , aux interdictions que cet état emporte avec lui.

L'Ordonnance ajoute , *de quelque Ordre que ce soit* ; cette disposition a principalement pour objet , les Chanoines réguliers de l'Ordre de S. Augustin , & quelque autres Réguliers de cette espece , qu'on avoit prétendu vouloir distinguer des autres Religieux , sur le fondement qu'ils sont admis aux fonctions pastorales.

Sans préjudice néanmoins de l'exécution des Articles XXV. XXVII. &

XXXIII. en ce qui concerne le pouvoir de recevoir des Testamens accordé aux Réguliers , en conséquence des qualités mentionnées ausdits Articles.

Les Réguliers, suivant l'Article XXV. peuvent recevoir des Testamens, quand ils sont revêtus de la qualité de Curés, dans toutes les Coutumes qui autorisent les Curés à recevoir les Testamens.

Ils peuvent aussi, conformément à l'Article XXVII. recevoir des Testamens Militaires en cas de maladie ou de blessures, quand ils sont Aumôniers des Troupes ou des Hôpitaux.

Enfin l'Article XXXIII. leur confere le pouvoir de recevoir les dernieres dispositions en tems de peste, quand ils sont chargés d'administrer les Sacremens aux malades, ou par état, comme s'ils étoient Curés, Desservans ou Vicaires, ou même par une simple mission particuliere du Supérieur Ecclésiastique.

Le présent Article confirme aux Réguliers ce droit dans les trois cas ci-dessus mentionnés.

A R T I C L E X L I I.

Ne pourront pareillement être pris pour témoins les Clercs, serviteurs ou domestiques du Notaire ou Ta-

bellion , ou autre personne publique qui recevra le Testament , Codicile ou autre dernière disposition ou l'Acte de suscription.

Avant l'Ordonnance , cette disposition étoit en vigueur dans l'étendue du Parlement de Paris , en vertu d'un Arrêt de Règlement du 2 Juillet 1708. qui a défendu aux Notaires de Blois & à tous autres de se servir de leurs Clercs pour témoins dans les Testamens qu'ils recevront. Notre Ordonnance va plus loin , en ce qu'elle comprend dans la même interdiction les domestiques des Notaires , ou de toute autre personne publique qui présideroit à la confection du Testament. Et en effet les témoins testamentaires n'ont d'autre mission que d'éclairer la conduite du Notaire , ou de la personne publique qui reçoit le Testament , & de corroborer par leur témoignage la vérité & l'authenticité des dernières dispositions dont le Notaire est dépositaire. Or ne seroit-ce point faire illusion à la Loi , en éluder le but & l'objet , que de prendre pour témoins , des gens entièrement aux ordres & à la dévotion du Notaire ou autre personne publique , comme le sont leurs domestiques ou leurs Clercs ?

A R T I C L E X L I I I .

Les héritiers institués ou substitués ne pourront être témoins en aucune

Hh ij

cas ; & à l'égard des Légataires universels ou particuliers , ils ne pourront l'être que pour l'Acte de suscription du Testament Mystique dans les Pays où cette forme de tester est reçue.

Les héritiers institués , ou substitués , ne pourront être Témoins en aucuns cas..

Avant l'Empereur Justinien , il étoit permis à l'héritier institué ou substitué d'être témoin. Mais cet Empereur ayant considéré combien il étoit important de ne point souffrir que l'héritier put être témoin dans un Acte où il a le principal intérêt , l'en a exclu formellement dans le paragraphe *Sed neque hæres* 20 *Instit. de Testam. ordin.* & avec lui tous ceux qui sont dans la même famille , *Sed neque hæres scriptus , neque is qui in potestate ejus est , neque pater ejus qui eum habet in potestate , neque fratres qui in ejusdem patris potestate sunt , testes adhiberi possunt* : & voici la raison que l'Empereur en rend ; c'est , dit-il , que tout ce qui se fait pour les solemnités du Testament , ne concerne que le Testateur & son héritier : *Quod hoc totum negotium quod agitur Testamenti ordinandi gratiâ , creditur hodie inter Testatorem & hæredem agi.* Une disposition si juste , ne pouvoit manquer d'avoir la pleine & entière exécution qu'elle a toujours eüe en effet ;

Et à l'égard des Légataires universels ou

Des témoins Testamentaires. 365

particuliers , ils ne pourront l'être que pour l'Acte de suscription du Testament Mystique , dans les Pays où cette forme de tester est reçue.

Quoique la prohibition de porter témoignage dans les Testamens , prononcée avec tant d'équité contre ceux qui y sont héritiers institués ou substitués , eut du avoir lieu aussi pour les Légataires , puisqu'il y a parité de raisons , & qu'on peut aussi bien opposer aux derniers qu'aux premiers la regle , *Nullus idoneus testis in re sua intelligitur* , cependant l'Empereur Justinien a admis pour témoins testamentaires , les Légataires & les fideicommissaires. *Legatariis autem & fideicommissariis, quia non juris successores sunt , & ab eis personis eis conjunctis , testimonium non denegamus ; imo in quâdam nostrâ Constitutione, & hoc specialiter eis concessimus §. Legatariis 10 Instit. de Testam. ordin.* Cette disposition du Droit Romain est non seulement contraire à ses propres principes , mais encore à l'équité naturelle. En effet , permettre à des gens de déposer qu'un défunt a fait un Testament dans lequel il leur a fait tel legs , n'est-ce pas leur permettre de faire eux-mêmes un Testament en leur faveur ? Un Acte qui n'est justifié que par le témoignage de personnes qui ont intérêt de le maintenir , doit toujours être très-suspect dans sa preuve.

C'est pourquoi nos Coutumes ont banni du nombre des témoins testamentaires , les Légataires soit universels soit particuliers , & ont voulu que les Testamens fussent faits en

présence de gens qui n'eussent aucun intérêt personnel à les faire subsister ; & si elles se sont contentées d'un bien plus petit nombre , de témoins que les Loix Romaines , elles ont exigé du moins , qu'ils fussent sans reproches & sans soupçons. La Coutume de Paris entr'autres , Article CCLXXXIX. porte , *qu'avant qu'un Testament soit réputé solennel , il est requis , qu'il soit passé en présence de témoins mâles , idoines , suffisans & non Légataires.* La Coutume de Saint-Quentin Article XXI. celles d'Amiens Art. LV. de Vermandois Article LVIII. de Rheims Art. CCLXXXIX. de Peronne Article CLXII. de Tours Article CCCXXI. de Châlons Article XCVII. de Melun Article CCXLV. de Senlis Article CLXXIII. & de Mante Article CLIII. ont décidé la même chose. Des décisions si sages , & fondées sur les véritables principes de la matiere , ont été étendues aux Coutumes qui n'en parlent pas ; l'Ordonnance fait plus , puisqu'elles les étend jusqu'aux Provinces du Droit écrit , quoique les Loix Romaines qu'elles suivent , ayent des dispositions directement contraires , mais auxquelles l'Ordonnance déroge , comme manifestement injustes & déraisonnables en cette partie.

Elle n'excepte uniquement que les Testaments mystiques , dans l'Acte de suscription desquels les Légataires pourront être témoins , & cette exception est appuyée sur une raison palpable ; le corps du Testament mystique en effet demeure secret , sans que les témoins ayent aucune connoissance de ce qu'il contient. La solennité de l'Acte de suscription ne se fait qu'après que le Testament

a été clos & scellé ; de sorte que les témoins de l'Acte de suscription , ignorant totalement le contenu du Testament , ne peuvent être accusés d'avoir rendu un témoignage intéressé , quand bien même il se trouveroit par l'événement qu'ils seroient Légataires. Il étoit donc juste d'admettre les témoins Légataires dans cette occasion seulement , puisque c'est la seule , dans laquelle les raisons d'exclusion ne peuvent avoir lieu à leur égard.

A R T I C L E X L I V .

Dans les cas & dans les Pays où le nombre de deux témoins est suffisant pour la validité des Testaments , Codiciles , ou autres dispositions de dernière volonté , il ne pourra y être admis que des témoins qui sçachent & puissent signer , à l'exception néanmoins des cas mentionnés dans les Art. XXVIII. & XXXIV. ci-dessus.

Dans les cas & dans les Pays où le nombre de deux témoins est suffisant pour la validité des Testaments , Codiciles ou autres dispositions de dernière volonté , il ne pourra y être admis

que des témoins qui sçachent & puissent signer.

Cet Article a principalement pour objet les Testamens des pays Coutumiers dans lesquels le nombre de deux témoins est suffisant. Comme nous n'avons aucunes Coutumes qui aient fait une nécessité formelle de la signature des témoins , on avoit suivi pour ces sortes de Testamens , jusqu'à l'Ordonnance nouvelle dont il s'agit , les formalités que l'Ordonnance de Blois prescrit pour la signature des témoins dans les Contrats en général par l'Article 165. c'est-à-dire , que lorsque le Testateur signoit avec le Notaire , la signature des témoins étoit inutile & superflue ; mais si le Testateur ne pouvoit ou ne sçavoit le faire , il falloit y suppléer par la signature d'un des témoins du moins , si l'Acte se faisoit dans une Ville ou dans un gros Bourg où l'on fut à portée de trouver des témoins qui sçussent signer. Voici la disposition de cet Article 165. de l'Ordonnance de Blois. *Et afin d'obvier aux suppositions & faussetés qui se peuvent commettre pour ce regard , Nous voulons qu'ès lieux où jusqu'à présent a été permis qu'un seul Notaire en présence de deux témoins , puisse recevoir & passer Contrats , Testamens & autres Actes , ledit Notaire , (s'il est ès Villes ou gros Bourgs , esquels vraisemblablement on puisse avoir témoins qui sçachent signer , & au cas que la partie qui s'oblige ne puisse signer) soit tenu appeler pour témoins un témoin qui sçache signer & lequel actuellement signera avec lui la minutte.*

L'Ordonnance ne s'est point contentée de cette précaution quant aux Testamens ; &

comme il est beaucoup plus facile de surprendre un Testateur pour l'ordinaire moribond ou du moins accablé par la maladie , qu'un homme qui passe un Contrat ou un autre Acte avec toute la santé d'esprit & de corps possible , elle veut que soit que le Testateur signe ou ne signe pas , les deux témoins Testamentaires signent toujours & indistinctement avec le Notaire, afin de ne point laisser cet Officier seul maître du Testament , si sa signature suffisoit pour le rendre authentique. Et pour cet effet il faut nécessairement, dans le cas où deux témoins suffisent avec le Notaire , en trouver qui sçachent & puissent signer.

*A l'exception néanmoins des cas mentionnés dans les Articles XXVIII.
& XXXIV.*

Ces cas sont pour les Testamens militaires & pour ceux faits en tems de peste , dans lesquels la signature des deux témoins n'est nécessaire que lorsque le Testateur ne sçait ou ne peut signer ; mais si le Testateur signe , il suffit de faire mention alors que les témoins ont déclaré ne sçavoir ou ne pouvoir signer, s'ils sont dans l'ignorance ou dans l'impuissance de signer le Testament.

A R T I C L E X L V .

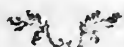
Dans les cas & dans les Pays où le nombre de deux témoins n'est

pas suffisant , il ne pourra pareillement être admis que des témoins qui sçachent & puissent signer lorsque les Testamens , Codiciles ou autres dispositions à cause de mort , se feront dans les Villes ou Bourgs fermés. Voulons que dans les autres lieux il y ait au moins deux témoins qui sçachent & puissent signer ; & à l'égard de ceux qui ne sçauront ou ne pourront le faire , il sera fait mention qu'ils ont été présens , & ont déclaré ne sçavoir ou ne pouvoir signer.

Cette disposition regarde les Provinces de Droit écrit & elle est conforme à la Loi *hâc consultissimâ VIII. Cod. Qui testam. facere poss.* qui veut que les sept témoins souscrivent & posent leurs sceaux au bas du Testament : En voici les termes : *finem autem Testamenti subscriptiones & signacula testium esse decernimus. Non subscriptum autem à testibus ac non signatum Testamentum pro infecto haberi convenit.*

Quoique cette Loi n'ait pas été observée parmi nous avec beaucoup de régularité , quant à l'apposition des sceaux qui n'a plus lieu dans notre usage comme nous l'avons déjà remarqué en son lieu , le chef néanmoins qui concerne la signature des témoins a toujours été

regardé comme une des formalités les plus essentielles & les plus nécessaires à la validé du Testament dans tous les pays soumis au Droit écrit. L'Ordonnance en reconnoît & en adopte la nécessité, avec distinction : si le Testament est fait dans une Ville ou dans un Bourg fermé, comme il est aisé d'y trouver sept personnes qui sçachent signer, la Loi aura son accomplissement dans toute sa plénitude, & il faudra alors choisir des témoins qui soient en état de signer. Mais si le Testament se fait dans d'autres lieux moins considérables, comme dans un Village, dans un Hameau, en ce cas il sera seulement nécessaire que des sept témoins, il y en ait au moins deux qui signent avec l'Officier public. Notre Ordonnance a jugé à propos d'apporter, pour ce dernier cas, cette modération à la Loi, parce que ce seroit presque toujours réduire un Testateur à l'impossible que de l'obliger à trouver dans un Village ou un Hameau sept personnes qui sçachent signer. Il n'y a pourtant pas lieu de craindre que son indulgence sur ce point puisse être préjudiciable à la sûreté du Testament; puisqu'au moyen de la signature de deux des témoins, ces sortes de Testamens se trouvent encore au niveau de ceux des pays Coutumiers, dans lesquels la présence de deux témoins seulement & leur signature ont toujours été regardées comme suffisantes, pour assurer la vérité d'une disposition de dernière volonté.



ARTICLE XLVI.

Voulons au surplus que les dispositions du Droit écrit & autres Loix, Coutumes ou Statuts, en ce qui concerne la qualité desdits témoins, soient exécutées en tout ce qui n'est pas contraire aux six Articles précédens.

Les principales qualités requises pour les témoins Testamentaires par le Droit Romain sont qu'ils ne soient, ni femmes, ni impuberes, ni esclaves, ni furieux, ni muets, ni sourds, ni interdits, ni infames. *Testes autem adhiberi possunt ii cum quibus Testamenti factio est. Sed neque mulier, neque impubes, neque servus, neque furiosus, neque mutus, neque surdus, neque is cui bonis interdictum est, neque ii quos leges jubent improbos intestabilesque esse, possunt in numerum testium adhiberi (a).*

La plupart de nos Coutumes ne s'étendent pas beaucoup sur les qualités que doivent avoir les témoins pour les Testamens. Celle de Paris entr'autres se contente d'exiger que les témoins soient *Idoines, suffisans, mâles, âgés de vingt ans accomplis & non Légataires (b).*

Mais on a toujours donné beaucoup d'éten-

(a) *Instit. de Testament. ord. parag. Testes.*

(b) Paris, Article 189.

duë à ces deux mots *idoines & suffisans* ; & on a toujours exclu à la faveur de ces termes, ceux qui sont portés d'infamie, les furieux, les interdits, les morts civilement, en un mot tous ceux qui sont déclarés incapables par les Loix Romaines.

A R T I C L E XLVII.

Toutes les dispositions de la présente Ordonnance qui concernent la datte & la forme des Testamens, Codiciles, ou autres Actes de dernière volonté & les qualités des Témoins, seront exécutées à peine de nullité ; sans préjudice des autres moyens tirés des dispositions des Loix ou des Coutumes, ou de la suggestion ou captation desdits Actes ; lesquelles pourront être alléguées, sans qu'il soit nécessaire de s'inscrire en faux à cet effet, pour y avoir par nos Juges tel égard qu'il appartiendra.

Toutes les dispositions de la présente Ordonnance qui concernent la datte, & la forme des Testamens, Codiciles,

ou autres Actes de dernière volonté & les qualités des témoins, seront exécutées à peine de nullité, sans préjudice des autres moyens tirés des dispositions des Loix ou des Coutumes.

Tout ce qu'ont prescrit les Ordonnances, Loix & Coutumes sur la forme des Testaments, sur le nombre & les qualités des témoins, sont autant des sages temperamens & de précautions judicieuses qu'elles ont prises pour s'assurer, autant qu'il est possible, de la vérité & de l'inaltération des dernières dispositions des hommes. Le Législateur ne reconnoît de dernières volontés véritables & n'en adopte, qu'autant qu'elles sont marquées au coin qu'il a donné lui-même. S'il leur manque quelq'une des formalités qu'il a jugées nécessaires, elles sont présumées fausses ou altérées; & par-là, elles tombent d'elles-mêmes & sont nulles de plein droit.

Ou de la suggestion ou captation desdits Actes, lesquelles pourront être alléguées, sans qu'il soit nécessaire de s'inscrire en faux à cet effet; pour y avoir par nos Juges tel égard qu'il appartiendra.

Il n'est point douteux que la suggestion & la captation, quand elles sont bien prouvées, attaquent encore radicalement le Testament. Car un Testament suggeré est moins l'ouvrage

de la volonté du Testateur que l'expression déguisée d'une volonté étrangère.

Mais on a demandé si les faits de suggestion & de captation pouvoient être admis sans qu'on passât à l'inscription de faux.

Les raisons de douter étoient, que dans presque toute la France Coutumière les Loix municipales desiroient pour formalités que les Notaires inserent dans les Testamens qu'ils ont été dictés par le Testateur, ou qu'ils ont été faits sans suggestion de personne; d'où il semble que lorsque le Notaire a observé cette formalité, & qu'il a mis cette clause dans le Testament que l'on prétend débattre de suggestion, pour lors comme il s'agit de détruire le contenu en un Acte authentique & solennel, il est nécessaire que celui qui veut intenter cette action, passe en exécution de l'Ordonnance, jusqu'à l'inscription de faux. Ce sont même ces raisons qui ont déterminé Ricard à décider que très-fréquemment en pays Coutumier les faits de suggestion n'étoient recevables que par la voye de l'inscription de faux (a).

On peut dire au contraire que l'inscription de faux est nécessaire à la vérité quand une pièce est fautive purement & matériellement. Mais il faut extrêmement distinguer un faux pur & matériel, d'avec une fraude, d'avec un déguisement. *Aliud merum falsum, aliud fraus, aliud simulatio*, dit Dumoulin, sur l'Article III. de l'Article XXXI. de la Coutume de Nivernois. Or, dans l'espece, il peut n'y avoir aucun faux matériel. Car tout ce qui résulte de l'énonciation de l'Acte, c'est qu'il a

(a) Ricard des Donations, part. III. Chap. prem.

paru aux Notaires que le Testament a été dicté sans suggestion, & cela peut être vrai. Mais il peut le faire néanmoins que quoiqu'il paroisse au Notaire, & quoique le Testateur ait dicté lui-même toutes les dispositions du Testament, il ait été préparé & induit auparavant, & qu'il n'ait en quelque sorte fait autre chose, en dictant lui-même le Testament, que répéter exactement la leçon qu'on lui avoit faite avant l'arrivée du Notaire. En effet, qu'est-ce que la suggestion ? est-ce autre chose qu'une fausseté artificieusement déguisée, par laquelle celui qui employe cette voye odieuse substitue sa volonté au lieu & place de celle d'un autre, & fait tant néanmoins par artifice que le Testateur la consent & la prononce. Ainsi, comme il peut arriver souvent que le Notaire ait été trompé lui-même, & que par conséquent il n'y ait point de faux pur & matériel dans son Acte, les faits de suggestion & de captation peuvent, même en pays Coutumiers, être dans ce cas proposés sans passer à l'inscription de faux ; notre Ordonnance décide de cette manière.

On ne trouve rien de formel sur cette question dans la Jurisprudence qui a précédé l'Ordonnance. Nous avons un Arrêt donné le 20 Avril 1682. en la troisième Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Monchal, qui a infirmé la Sentence du Bailli de Comté de Beauvais, laquelle avoit admis les faits de suggestion articulés contre le Testament de la Veuve Dubos. Mais on ne peut conclure de cet Arrêt que la Sentence de Beauvais ait été infirmée parce qu'on n'avoit point passé à l'inscription de faux ; car le Testame

en question avoit été infirmé par un Codicile fait trois ans après ; ce qui faisoit tomber les faits de suggestion articulés.

Nous avons un autre Arrêt rendu en la Grand'Chambre au mois de Janvier 1683. au rapport de M. Petit , qui sembleroit d'abord avoir décidé la question conformément à l'Ordonnance, puisqu'il a admis, sans inscription de faux , la preuve des faits de suggestion articulés contre le Testament de M^e Jean Adrien Curé de Gouincourt. Mais on ne peut encore faire un usage bien formel de cet Arrêt dans la question présente : parce qu'outre les faits de suggestion , on alléguoit encore des faits de suppression & de supposition d'autre Testament.

L'Ordonnance ajoute , *pour y avoir par nos Juges tel égard que de raison.* Rien n'est plus difficile en effet , que de réussir dans la preuve de la suggestion & captation. Car 1^o. pour y être admis , il faut articuler les faits les plus positifs. 2^o. Quand la preuve de ces faits est une fois admise, il faut, pour qu'on y ait égard, qu'elle soit fondée sur le témoignage de personnes exemptes de toute suspicion.

C'est une maxime au Palais , que la preuve de la suggestion ne peut être admise contre les Testamens *holographes*. Cette regle n'est pourtant pas sans exception. Mais quant aux autres Testamens , on n'est pas tout-à-fait si scrupuleux , parce que le Testateur n'y met pas à beaucoup près , tant du sien , que dans le Testament holographe.

ARTICLE XLVIII.

Voulons que les Notaires, Tabellions ou autres personnes publiques, comme aussi les témoins qui auroient signé les Testamens, Codiciles, ou autres Actes de dernière volonté, ou les Actes de suscription des Testamens mystiques, sans avoir vû le Testateur & sans l'avoir entendu prononcer ses dispositions, & les lui avoir vû présenter lors de ladite suscription, soient poursuivis extraordinairement à la requête de nos Procureurs & de ceux des hauts Justiciers, & condamnés, sçavoir lesdits Notaires, Tabellions ou autres personnes publiques, à la peine de mort, & les témoins, à telles peines afflictives ou infamantes qu'il appartiendra.

On trouve dans les Loix Romaines des textes formels, non seulement contre ceux qui fabriquent des Testamens auxquels les dé-

sunts n'ont eu aucune part , mais encore contre les témoins qui les signent , & généralement contre tous ceux qui prêtent leur ministère pour faire réussir de pareils Testamens , ou qui empêchent que les véritables ne parviennent à la connoissance du public. *Qui Testamentum amoverit , celaverit , eripuerit , deleverit , interleverit , subjecerit , resignaverit , quive Testamentum falsum scripserit , signaverit , recitaverit dolo malo , cujusque dolo id factum erit , legis Corneliae pœnâ damnetur. L. 2. D. in Leg. Cornel. de falsis.*

Nos Ordonnances n'ont pas marqué moins de sévérité dans ces sortes d'occasions , que le Droit écrit. François I. dans celles des années 1531. & 1535. a ordonné que tous ceux qui passeroient faux Contrats , ou porteroient faux témoignages , soient punis de mort. Mais dans l'usage on a modéré la rigueur de la Loi , de sorte que le faux , dans un particulier sans caractère , est ordinairement puni à peu près comme chez les Romains , ou du bannissement , ou de la confiscation de biens , ou de la marque avec amende honorable. Mais la peine de mort a toujours eu lieu , lorsque le faux est commis par un Notaire ou un autre Officier dans l'exercice de sa charge.

Notre Ordonnance , en conformité de cet usage , punit ici les Notaires avec plus de rigueur , que les témoins qui auroient participé aux faux du Testament , en le signant sans avoir vu ni entendu le Testateur. Car à l'égard des témoins , le Législateur se contente de dire , qu'ils seront punis de telles peines afflictives & infamantes qu'il appartiendra. Mais quant aux Notaires , il ne laisse point de

choix aux Juges , & il veut qu'ils soient , sans modération , punis de mort.

Une peine aussi grave doit contenir les Notaires dans la plus grande circonspection sur eux-mêmes. Tout le monde sçait , qu'ils sont dans l'usage , pour les Contrats ordinaires , de les intituler *pardevant les Notaires soussignés* ; quoiqu'ils ne soient passés tout au plus , que devant le Notaire qui garde la minute , & que le Notaire qui signe en second pour la forme , n'ait aucune connoissance ni des parties contractantes , ni de leurs conventions & stipulations. Ce qui est pourtant un abus , pour ne pas dire un faux , contraire aux dispositions textuelles des Ordonnances , qui n'attribuent le caractère d'authenticité aux Actes , qu'autant qu'ils sont passés en présence de *deux Notaires* , ou en présence d'un Notaire & de deux témoins.

Il est vrai que pour les Testamens , outre ces termes de *style pardevant les Notaires soussignés* , ils ont coutume de faire mention à la fin de l'Acte , que les dispositions en ont été dictées à l'un des Notaires soussignés , *l'autre présent*. Nous pouvons même ajouter , que nous avons une connoissance personnelle , que cette énonciation est exacte & véritable dans la plupart des Testamens que reçoivent les Notaires de Paris. Nous ne pouvons trop exhorter les autres à suivre cet exemple , par la considération de leur propre intérêt , puisqu'il y va pour eux de la vie.

Quant aux témoins , la Peyrere (a) a prétendu qu'un Testament fait en tems de peste

[a] La Peyrere let. T. II. 118.

étoit bon , quoique les témoins n'eussent pas vu le Testateur , pourvû qu'ils déclarassent l'avoir connu à la voix ; mais il s'est retracté ensuite , & a même rapporté un Arrêt du Parlement de Bordeaux du 13 Mai 1666. qui a déclaré un pareil Testament nul.

T I T R E I I I.

De l'institution d'Héritier dans les Testamens.

L'Institution d'Héritier est la base de tout Testament en Pays de Droit écrit. Les Loix Romaines n'en connoissent point d'autres que ceux qui ont ce caractère. Toutes les autres dispositions à cause de mort ne peuvent participer , ni aux privilèges , ni à la dénomination de Testament. On les appelle en Droit Codiciles.

Cette institution si essentielle en Pays de Droit écrit , peut être de

deux sortes , ou pure & simple , ou à la charge d'élire un autre héritier.

L'institution pure & simple elle-même peut être ou nécessaire ou volontaire. Elle est nécessaire , quand le Testateur a des descendants ou des ascendants que la Loi ne lui permet pas de passer sous silence , sans une sorte d'ignominie , & qui par cette raison sont autorisés à se plaindre du Testament dans le cas de prétériton , & même dans le cas d'institution , lorsqu'on leur a laissé moins que leur légitime.

L'Ordonnance , après avoir rejeté dans l'Article XLIX. les institutions d'héritier faites au profit de ceux qui ne sont ni nés ni conçus , règle tout ce qui concerne l'institution nécessaire d'héritier , pour ceux qui ont droit de légitime , depuis l'Article L. jusques & y compris l'Article LVI. Les Articles LVII. LVIII. LIX.

de l'inst. d'Hérit. dans les Test. 383

& LX. décident quelles sont les déductions qu'ils sont en droit de prétendre indépendamment de leur légitime. L'Article LXI. fixe la quotité de la légitime des ascendans jusqu'alors fort controversée entre les Jurisconsultes.

Les Articles LXII. LXIII. LXIV. LXV. & LXVI. ont pour objet les institutions faites à la charge d'élire, & l'Article LXVII. regarde la clause Codicillaire.

Enfin les Articles LXVIII. & suivans jusques & y compris le LXXIII. distinguent les cas où les dispositions Testamentaires doivent valoir comme institution ou comme legs universels, lorsque le domicile du Testateur & le lieu de la situation des biens sont régis par des loix différentes.

A R T I C L E X L I X.

L'institution d'héritier faite par Testament, ne pourra valoir en au-

cun cas , si celui ou ceux au profit de qui elle aura été faite , n'étoient ni nés ni conçus lors du décès du Testateur.

Il est essentiel à la qualité d'héritier institué , que cet héritier prenne la place du défunt , après sa mort , & que l'hérédité ne coure point risque de demeurer vacante , & sans maître qui puisse en excercer les droits & acquitter les charges. Or si celui au profit de qui l'institution est faite , n'étoit ni né ni conçu lors du Testament , les choses seroient exactement dans cette position ; ce seroit une institution idéale & chimérique , puisque l'existence future de l'héritier institué , ne seroit pas plus certaine que son inexistence ; & par cela même , une pareille institution ne peut être la base & le fondement d'un Testament en Pays de Droit écrit , où l'institution d'héritier en forme l'essence & le caractérise.

ARTICLE L.

Dans les Pays où l'institution d'héritier est nécessaire pour la validité du Testament , ceux qui ont droit de légitime , seront institués héritiers , au moins en ce que le Testateur leur donnera , & l'institution

titution faite en les appellant par leurs noms , ou en les désignant de telle maniere que chacun d'eux y soit compris ; ce qui aura lieu même à l'égard des enfans qui ne seroient pas nés au tems du Testament , & qui seroient nés ou conçus au tems de la mort du Testateur.

Dans les Pays ou l'institution d'héritier est nécessaire pour la validité du Testament , ceux qui ont droit de légitime , &c.

Comme il n'est question dans cet Article & dans beaucoup d'autres qui suivent , que de ceux qui ont droit de Légitime , sans qu'aucun explique quels sont ceux qui ont ce droit , il est absolument nécessaire d'en faire l'énumération , & même auparavant d'expliquer en quoi consiste le droit de légitime.

La Légitime , comme tout le monde sçait , est une portion qui est due , de droit naturel , aux enfans dans les biens de leurs peres & meres ou autres ascendans.

La Légitime n'est pas la même, pour la quantité, en Pays Coutumier , que dans les Pays de Droit écrit.

Dans le Droit Romain , elle a même été différente suivant les tems. Lors de son éta-

blissement , elle n'étoit que de la quatrième partie de ce qui eut appartenu *ab intestat* aux enfans , c'est-à-dire , qu'elle consistoit dans le quart de tous les biens que le défunt laissoit par son décès. Mais la Novelle XVIII. de l'Empereur Justinien l'a augmentée , en la fixant à la troisième partie de tous les biens du Testateur , s'ils n'étoient que quatre enfans & au-dessous , & à la moitié , s'ils excédoient ce nombre , c'est-à-dire , s'ils étoient cinq & au-dessus. Telle est la règle actuelle en Pays de Droit écrit.

Mais en Pays Coutumier , & dans la Coutume de Paris entr'autres , la Légitime est la moitié de la part & portion que chacun enfant eut eüe dans la succession de ses pere & mere , ayeul ou ayeulle, ou autres ascendans, si les pere & mere ou autres ascendans n'eussent disposé par Donations entre-vifs ou actes de dernière volonté ; sur le tout déduit les dettes & frais funéraires. C'est la disposition textuelle & littérale de la Coutume de Paris, Art. CCXCVIII. sur cela s'est élevée une question , qui est de sçavoir , si dans les Coutumes qui n'ont aucune disposition expresse sur la quotité de la Légitime , on doit suivre la Coutume de Paris ou le Droit écrit. Ricard (a) est d'avis , que dans ces Coutumes , on doit suivre le Droit , & il fonde son opinion sur ce que les Coutumes qui se taisent sur ce point , sont censées s'être soumises au Droit Romain,

Mais ce sçavant Auteur a-t'il oublié en cet endroit , qu'il étoit convenu un peu auparavant , que la proportion & l'égalité se rencon-

(a) Ricard des Donations part. III. chap. 8. sect. 6

troient bien plus avantageusement dans la Coutume de Paris , que dans le Droit écrit ; attendu que dans cette Coutume , la portion des enfans se trouve toujours égale ; c'est la moitié de ce que chacun d'eux eut pû prétendre , cessantes les dispositions du pere , à quelque nombre que les enfans puissent monter ; au lieu que par la disposition du Droit écrit , quatre enfans n'en ont pas davantage à eux tous , que s'il ny en avoit qu'un seul , & vingt enfans ensemble ne profiteront pas davantage des biens de leur pere , que s'il n'en avoit laissé que cinq. Ainsi puisque de l'aveu même de Ricard , la disposition de la Coutume de Paris est plus juste & plus raisonnable que celle du Droit écrit sur ce point , pourquoi ne la pas préférer dans des Coutumes , où le Droit écrit n'a pas force de Loi , & où l'on ne lui donne autorité que comme raison écrite ? D'ailleurs Ricard convient que les Coutumes qui ont été réformées depuis celle de Paris , sçavoir Orléans , Calais & Chauny , ont toutes trois adopté la proportion sage établie par la Coutume de Paris. On doit donc présumer que les Coutumes qui gardent le silence sur ce point , auroient pris le même parti , si elles avoient été réformées depuis celle de Paris : & par conséquent la Coutume de Paris doit servir de regle dans les Coutumes qui ne décident rien formellement sur la quotité de la Légitime.

Ricard pour appuyer son opinion , cite trois Arrêts , l'un du dernier Mars 1618. un autre du 20 Août 1609. & un dernier du premier Avril 1610. Mais depuis ce tems , la Jurisprudence a changé & a jugé conformément à

la Coutume de Paris par un Arrêt rendu en la quatrième Chambre des Enquêtes, au rapport de M. de Vaurouy le 30 Juillet 1661. pour la Coutume de Troyes. La même chose a été encore décidée par un Arrêt plus récent du 10 Mars 1672. en l'Audience de relevée en la Grand'Chambre contre les conclusions de M. l'Avocat Général. Il s'agissoit des biens de la Maison de Guimenée, situés en différentes Coutumes, où la quotité de la Légitime n'étoit pas déterminée.

A présent que l'on a expliqué ce que c'est que la Légitime, & en quoi elle consiste; il ne reste plus qu'à examiner quels sont ceux qui en ont le droit. Il faut encore distinguer sur ce point, les Pays Coutumiers d'avec ceux de Droit écrit. En Pays Coutumier, les seuls descendans ont droit de Légitime. Mais en Pays de Droit-écrit, il n'en est pas de même.

Les ascendans aussi bien que les descendans y ont droit de Légitime: & même parmi les collatéraux, les freres & les sœurs consanguins, quand l'institution est faite d'une personne infâme. Mais quant à ce dernier cas, il faut observer que notre usage a encore encore encheri sur les Loix Romaines, puisque une personne infâme étant incapable parmi nous d'institution d'héritier, les freres & les sœurs consanguins peuvent faire annuler l'institution pour le tout.

L'état de la Jurisprudence Romaine a plusieurs fois changé, par rapport à ceux qui ont droit de Légitime. D'abord il leur étoit permis par la Loi de faire casser le Testament, non seulement lorsqu'ils n'avoient point été

institués, mais même lorsque la Légitime ne leur avoit point été laissée en entier.

Ensuite, pourvû que le Testateur leur eut laissé la moindre chose, soit par institution, legs, fidei-commis, ou donation à cause de mort, il ne leur fut plus permis d'attaquer le Testament, sauf à eux cependant à demander le supplément de leur Légitime. C'est la disposition précise de la Loi *Omni modo* 30. *Cod. de inoffic. Testam.*

Mais l'Empereur Justinien a jugé à propos de faire encore quelque changement à cette Jurisprudence ; & en prenant un peu de l'ancienne & un peu de la nouvelle, il a ordonné par la Nouvelle CXV. (Chapitre 3 & 4) que les ascendans & les descendans seroient censés exhérédés, si le Testateur ne leur laissoit quelque chose, à titre d'institution d'héritier.

Néanmoins, quoique la Nouvelle CXV. soit postérieure à la Nouvelle XVIII. & que ce soit par conséquent cette première qui règle le dernier état de la Jurisprudence Romaine sur cette matiere, plusieurs Jurisconsultes très-éclairés, ont cru que la Légitime pouvoit être laissée, même aux descendans, à quelque titre que ce fut. Ils se sont sans doute laissés prévenir, sans approfondir, par l'opinion du Docteur Irnerius, à qui nous sommes redevables de la distribution des dispositions des Nouvelles, sous les titres du Code auxquels elles ont rapport, & qui est tombé dans cette erreur. Et cette erreur avoit si fort prévalu sur tout dans les Provinces de Droit écrit du ressort du Parlement de Paris, qu'elle s'étoit en quelque sorte convertie en usage.

Cependant la question s'étant présentée au

même Parlement de Paris, dans une espèce très-avantageuse (car il s'agissoit d'un Testament fait par un Pere entre ses Enfans) la Cour réforma cet usage abusif, tout invétéré qu'il étoit, en déclarant nul le Testament, par le défaut d'institution d'un des Legitimaires ; l'Arrêt est du vingt-quatre Juin 1644. Notre Ordonnance y est conforme.

Et l'institution sera faite en les appellant par leurs noms, ou en les désignant de telle maniere que chacun d'eux y soit compris.

Il s'étoit élevé une difficulté sur l'interprétation de la Loi; c'étoit de sçavoir s'il étoit nécessaire que ceux qui ont droit de légitime, fussent institués nommément ou seulement en termes généraux. La Jurisprudence des Parlemens n'a point été uniforme sur cette question. Au Parlement de Grenoble, *(b)* l'institution des légitimaires, en termes généraux, étoit suffisante. Au contraire au Parlement de Toulouse, *(c)* sans avoir égard à cette institution générale, sur la querelle d'inofficieux proposée par une ayeulle, on a déclaré le Testament fait par son petit-fils nul. Notre Ordonnance confirme la Jurisprudence du Parlement de Toulouse, avec cette restriction conforme au sentiment de Ricard, que si chacun des Légitimaires est désigné d'une maniere particuliere & distinctive, cette désignation équivaut à une institution nominative.

[a] Henrys, Tome prem. liv. 5. quest. 40.

[b] Gui Pape, quest. 459.

[c] Maynard, liv. 5. Chap. 11.

Ce qui aura lieu , même à l'égard des enfans qui ne seroient pas nés au tems du Testament , & qui seroient nés ou conçus au tems de la mort du Testateur.

C'est un principe certain dans le Droit Romain , que les Posthumes rompent le Testament de leur Pere , où ils ont été passés sous silence ; parce que leur conception antérieure au décès de leur Pere , quoique postérieure au Testament , rend l'oubli du pere volontaire & par conséquent inexcusable.

Que si cette maxime a lieu , à l'égard des Enfans qui ne sont que conçus lors du décès du Pere , à combien plus forte raison militet-elle en faveur de ceux qui sont nés antérieurement au décès.

A R T I C L E L I.

Quelque modique que soit l'effet ou la somme pour lesquels ceux qui ont droit de légitime , auront été institués héritiers , le vice de la prétérition ne pourra être opposé contre le Testament ; encore que le Testateur eut disposé de ses biens en faveur d'un étranger.

Quelque modique que soit l'effet ou la
K k iv

somme pour lesquels ceux qui ont droit de légitime , auront été institués héritiers , le vice de la prétériton ne pourra être opposé contre le Testament.

Comme la Novelle CXV. se contente qu'il ait été laissé quelque chose à titre d'Héritier , à ceux qui ont droit de légitime , pour qu'ils soient censés n'être pas exheredés , il semble par une suite nécessaire, que quelque modique que soit la chose laissée, fut elle même une chose particuliere elle ne peut être un prétexte légitime à la querelle d'inofficiosité ; parce qu'il paroît évidemment en cela que l'intention du Législateur a été de conserver principalement aux héritiers légitimaires, l'honneur du titre d'héritier, qui ne pouvoit leur être ôté & refusé dans un Acte aussi solennel qu'un Testament , sans répandre une espece d'opprobre & de tache sur eux.

Cependant Dumoulin (a) décide qu'il faut que la chose laissée aux Héritiers Légitimaires soit considérable ; attendu que si elle étoit de vil prix & qu'elle dût paroître ridicule à un homme de bien , au lieu de diminuer , elle augmenteroit la fraude du Testament & par conséquent ne pourroit en empêcher la nullité & la révocation. *Et intelligo derelicto utili & considerabili , quia si esset vilissimum & ridiculum quod vir bonus arbitrabitur , non minueret sed augetet fraudem & Testamentum*

(a) Dumoulin , *Traité de inofficiosis Testam. & Donat. n. 62.*

revocandum & ad nihilum reducendum. Alexandre est aussi du même avis (a).

Mais Ricard pense tout différemment (b) & il a pour lui la Jurisprudence des Arrêts. Cet Auteur en cite un , qui étoit récent alors & rendu même depuis la première Edition de son Livre , en l'Audience de la Grand'Chambre , le vingt Juillet 1665. confirmatif d'une Sentence du Juge des lieux, laquelle avoit ordonné l'exécution d'un Testament fait par un fils du pays de Lyonnais , qui n'avoit point d'Enfans. La Mere prétendoit faire casser ce Testament principalement à cause de la modicité du Legs , que lui avoit fait son fils , en l'instituant Héritière.

Un Arrêt du Parlement de Toulouse du dix Février 1596. (c) a confirmé le Testament d'une Mere , quoiqu'elle n'eût institué l'un de ses fils qu'en cinq sols. Le même Parlement rendit un autre Arrêt tout semblable & qui fut même prononcé en Robes rouges le vingt-huit Mars 1600. Automne (d) témoigne aussi que c'étoit l'usage du Parlement de Bordeaux. Enfin le Journal du Palais nous fournit un Arrêt du Parlement d'Aix du dix Juin 1679. confirmatif du Testament d'un Pere , qui avoit institué sa fille unique , son héritière particulière d'une somme modique de dix-huit livres , sans même la qualifier du nom de sa fille , en haine de sa femme dont la conduite lui avoit été suspecte.

[a] Alexandre premier vol Conf. 37.

(b) Ricard , traité des Donations troisième part. chap. 8. sect 2.

[c] Cambolas decis. notab. de droit , liv. 2. Chap. 15. Recueil d'Arrêts de M. le Président de Lamoignon , chap. 6.

(d) Automne sur la Coutume de Bordeaux , Art. LXI.

C'est d'après une Jurisprudence aussi constante & aussi uniforme dans tous les Parlemens du Royaume , que notre Ordonnance a décidé que la modicité de l'effet ou de la somme laissée à ceux qui ont droit de légitime, n'étoit point un moyen pour eux, d'attaquer le Testament par le vice de la prétérition , pouvû que la chose, toute modique qu'elle est, leur ait été laissée à titre d'héritiers.

Encore que le Testateur eût disposé de ses biens en faveur d'un étranger.

Plusieurs ont cru, d'après la Loi I. §. 10. dig. de Carbon. edicto , que c'étoit une espèce de prétérition de la part du Pere, d'instituer son fils en une somme modique, en laissant presque l'universalité de ses biens à un Etranger, & que cette préférence injuste pouvoit vitier le Testament. Cependant en considérant les choses plus murement , on trouve que la modicité de l'institution ne fait aucun tort à l'héritier institué de cette manière ; puisqu'il peut la réparer par le remède que lui donne la Loi même , c'est-à-dire , par la demande en supplément de Légitime.

A R T I C L E L I I.

Ceux à qui il aura été laissé moins que leur légitime à titre d'institution , pourront former leur demande en supplément de légitime ; ce qui au-

ra lieu à l'avenir, dans les pays même dans lesquels ladite demande n'a pas été admise jusqu'à présent, où a été prohibée dans certains cas.

L'Action en supplément de légitime pour les Héritiers légitimaires, à qui il a été laissé moins que leurs légitimes par leur institution, a son fondement dans le Droit Romain. La Loi *omni modo* 30. Cod. de inoffic. Testam. le décide formellement en ces termes : *liceat vero his personis, quæ Testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id quod minus portione legitimâ sibi relictum est, ad implendam eam sine ullo gravamine vel morâ exigere.* La Coutume du Duché de Bourgogne y est entièrement conforme (a).

L'Ordonnance ne se contente point de confirmer l'usage de cette Action en supplément de légitime dans les Pays où l'étroite observance des Loix Romaines l'a introduite & conservée, mais elle veut encore qu'elle ait lieu dans les Provinces, qui quoique soumises en général au Droit écrit, par quelques dispositions particulières ne l'auroient point admise du tout, ou l'auroient prohibée dans certains cas, & rien n'est plus équitable que cette extension. Car enfin l'Ordonnance exigeant que les Testamens soient conservés en leur entier, quelque modique que soit l'effet ou la somme pour laquelle les légitimaires auroient été institués héritiers ; si on ôte à ces

[d] Coutume de Bourgogne, Art. III. chap. 7.

mêmes légitimaires, encore après cela, l'action en supplément de légitime, il ne leur restera que le titre vain & infructueux d'héritier. Mais si en leur ôtant toute action pour attaquer le Testament lorsqu'ils ont été institués héritiers en la moindre chose, on leur accorde en récompense l'action en supplément de légitime, tous leurs droits sont à couvert; on leur conserve en même tems l'utile & l'honorifique; puisque d'un côté ils ont l'honneur & le titre d'Héritiers par l'institution, quelque modique que soit l'effet ou la somme, & que de l'autre ils réparent la modicité de l'institution par l'action qu'ils ont droit d'intenter pour le supplément de leur Légitime.

A R T I C L E L I I I.

En cas de prétériton d'aucuns de ceux qui ont droit de légitime, le Testament sera déclaré nul, quant à l'institution d'héritier, sans même qu'elle puisse valoir comme fidei-commis; & si elle a été chargée de substitution, ladite substitution demeurera pareillement nulle, le tout encore que le Testament contint la clause codicillaire, laquelle ne pourra produire aucun effet à cet égard: sans préjudice

néanmoins de l'exécution du testament en ce qui concerne le surplus des dispositions du Testateur.

En cas de prétériton d'aucuns de ceux qui ont droit de légitime , le Testament sera déclaré nul , quant à l'institution d'héritier , sans même qu'elle puisse valoir comme fidei-commis.

Ceux qui ont droit de légitime , doivent nécessairement être institués héritiers , du moins en ce que le Testateur leur donnera , & ils doivent l'être chacun nommément & distinctement. C'est la disposition de toutes les Loix Romaines , & en particulier de l'Art. L. de notre Ordonnance. De-là , toute institution dans laquelle quelqu'un des Légitimaire n'auroit point été compris , est nulle de plein droit. Et elle ne peut subsister , pas même en la faisant valoir comme un fideicommiss qui n'a été laissé à l'héritier institué que pour le transmettre au Légitimaire *preterit* ; attendu que dans l'institution on a moins d'égard au lucre qu'à l'honneur & au titre d'Héritier , dont un Testateur ne peut priver aucun de ses héritiers légitimaire qu'en les exhéredant pour justes causes. C'est la disposition formelle de la Nouvelle CXV. qui décide (chapitre III.) qu'il ne suffit pas de laisser la légitime à titre de Donation , de Legs ou de fideicommiss ; & qu'il faut de nécessité que ceux qui ont droit de la prétendre , soient

honorés du titre d'héritiers. *Sancimus non licere penitus patri vel matri , avovel aviae , proavo vel proavia , suum filium vel filiam vel ceteros liberos præterire , vel exheredes in suo facere Testamento : Nec si per quamlibet donationem , vel legatum , vel alium quemcumque modum eis dederit legibus debitam portionem.*

Et si elle a été chargée de substitution , ladite substitution demeurera pareillement nulle.

La substitution est une seconde institution , qui en suppose nécessairement une première , qu'elle a pour baze. Par conséquent si cette première institution tombe , la substitution qui est entée sur elle , doit tomber du même coup.

Le tout encore que le Testament contient la clause codicillaire , laquelle ne pourra produire aucun effet à cet égard.

L'effet de la clause codicillaire est de faire qu'un Testament , qui ne peut valoir comme Testament , ait son effet comme Codicile. Or les Codicules ne sont point susceptibles d'institutions d'héritiers. Par conséquent la clause codicillaire peut bien réchapper du naufrage des legs , des fidéi-commis &c autres dispositions de cette nature , mais elle ne peut jamais faire revivre l'institution d'héritier. Par Arrêt du Parlement de Paris rendu le 12 Juillet 1585. en la Grand'Chambre , au rapport

de M. Godard , il a été jugé qu'en la Province d'Auvergne , le Testament d'un pere qui n'avoit laissé à sa fille que la somme de trois cens liv. sans l'instituer héritière , étoit nul , & que le vice de la prétérition ne pouvoit être réparé par la clause codicillaire. (a)

Sans préjudice néanmoins de l'exécution du Testament , en ce qui concerne le surplus des dispositions du Testateur.

Dans l'ancien Droit Romain , & suivant même toutes les Loix du Digeste & du Code , un Testament attaqué , soit par la prétérition , soit par l'exhérédation illégitime , étoit sans effet dans toutes ses parties , & aussi bien pour les dispositions particulières & les legs , que pour l'institution.

Mais Justinien dans la Nouvelle CXV. a fait un changement considérable à cette Jurisprudence , en ordonnant que le vice de l'institution ne feroit aucun tort aux legs & aux autres dispositions du Testateur. Voici les termes de cette Nouvelle : *Si vero contigerit quibusdam talibus Testamentis quædam legata , vel fidei-commissa , aut libertates , aut tutordationes relinqui , vel quælibet alia capitula concessa legibus nominari ; ea omnia jubemus impleri & dari illis quibus fuerint derelicta , tanquam in hoc non rescissum obtinet Testamentum. Novellâ CXV. Chap. §. si vero.*

[a] Journal du Palais.

ARTICLE LIV.

La disposition de l'Article précédent sera exécutée , même à l'égard des testamens faits entre enfans , ou en tems de peste ; & en ce qui concerne les testamens Militaires , n'entendons rien innover à ce qui est porté par les Loix Romaines à cet égard.

La disposition de l'Article précédent sera exécutée , même à l'égard des Testamens faits entre enfans & en tems de peste.

Il sembleroit que des Testamens aussi favorables que ceux faits entre enfans & en tems de peste , qui ont toujours joui de franchises particulieres , n'auroient pas dûs être annullés par le défaut d'institution de quelques-uns des Légitimaire. Cependant la Peyrere (a) avant notre Ordonnance , estimoit que la prétérition des enfans , même à naître , annulloit le Testament *inter liberos*. Il y auroit en effet un très-grand danger d'autoriser les peres à passer dans leurs Testamens quelques-uns de leurs enfans pour qui ils auroient moins d'affec-

(a) La Peirere , lettre T. nomb. 110.

fection que pour les autres ; & si cela étoit , il arriveroit infailliblement , que les prérogatives accordées au Testament *inter liberos* pour le bien & l'avantage des enfans , tourneroient très-souvent au détriment de plusieurs d'entr'eux.

Et en ce qui concerne les Testamens Militaires , n'entendons rien innover à ce qui est porté par les Loix Romaines à cet égard.

Suivant les Loix Romaines , les Soldats en expédition militaire , n'étoient point astreints à instituer ou à exhéreder nommément leurs enfans , & s'ils en avoient passé quelques-uns sous silence , sçachant toutefois qu'ils existoient, leur silence étoit tenu pour une exhéredation expresse. D'où il suivoit , que le défaut d'institution de quelques-uns de leurs enfans , n'étoit pas suffisant pour rendre nul leur Testament. *Sed si in expeditione occupatus miles Testamentum faciat , & liberos suos jam natos vel posthumos nominatim non exheredaverit , sed silentio preterierit , non ignorans an habeat liberos , silentium ejus pro exheredatione nominatim factâ valere Constitutionibus Principum cautum est. (a).*

A R T I C L E L V.

N'entendons déroger par les Arti-

(a) *Instit. de exhered. lib. parag. si in expeditione.*

cles L. LIII. & LIV. aux dispositions des Coutumes , Statuts ou autres loix particulieres observées dans quelques-uns des Pays régis par le Droit écrit , qui permettent expressement de laisser la légitime à autre titre que celui d'institution, & la demande en supplément de légitime pourra être formée audit cas ainsi qu'il est porté par l' Art. LXII.

A R T I C L E L V I.

Ceux qui ont droit de légitime & qui auront été institués héritiers , pourront faire détraction de la Quarte Falcidie sur les legs , & de la Quarte Trebellianique sur les fideicommiss , & retenir en outre leur légitime.

Pour l'intelligence parfaite de cet Article , il est à propos d'expliquer quel est l'usage des *Quartes Falcidie & Trebellianique* , & quel en a été l'origine.

La Loi des Douze Tables , qui est la première des Loix Romaines connues , donnoit une liberté pleine & entière de disposer de ses

biens par legs : *Uti quisque suæ rei legassit , ita jus esto.* Dans la suite, on sentit combien cette liberté trop étendue de léguer , étoit nuisible & défavorable aux Testateurs même. Car les héritiers qu'ils instituèrent , ne trouvant quelquefois aucun avantage dans leur institution , y renonçoient ; & par là , les Testamens devenoient caducs , & les Testateurs mouroient *intestat.*

Furius qui deffendit dans la suite de léguer à chaque Légataire plus de mil sols , croyoit avoir par là trouvé le moyen de conserver à l'héritier une plus considérable portion des biens héréditaires. Mais sa prudence fut trompée , & l'exécution de sa Loi en fit connoître le défaut. Elle restreignoit à la vérité la quotité des legs envers chaque Légataire ; mais n'en limitant point le nombre , il arrivoit que quelque bien qu'eut le Testateur , il pouvoit aisément l'épuiser en legs , en multipliant le nombre des Légataires.

La Loi *Vocania* vint après , qui défendit aux Testateurs de léguer à chaque Légataire , plus que l'héritier ne devoit amander de la succession. Mais les Testateurs qui vouloient éluder la Loi , en étoient quittes pour faire chaque legs extrêmement modique , & pour en multiplier la quantité. Par ce moyen , les héritiers ne pouvant exiger plus que chaque Légataire , se trouvoient réduits à si peu de chose , qu'ils étoient souvent obligés d'abandonner la succession , n'y trouvant presque aucun profit.

C'est pourquoi la Loi *Falcidia* qui fut publiée ensuite pour reformer tous ces abus , défendit aux Testateurs de léguer plus des

trois quarts de leurs biens , afin que la quatrième partie demeurât du moins aux héritiers , ou à l'héritier institué. Cette quatrième partie des biens du Testateur , que l'héritier est en droit de prendre sur les legs jusqu'à due concurrence , si elle ne se trouve point entière dans la succession , est ce qu'on appelle la *Quarte Falcidie*.

La *Quarte Tribellianique* est à l'égard des fidei-commis , ce qu'est la *Quarte Falcidie* à l'égard des legs. Dans les premiers tems de la République Romaine , les fidei-commis n'avoient d'effet , qu'autant que ceux qui en étoient chargés , avoient de probité ; attendu qu'on ne pouvoit les contraindre à la restitution. Un Testateur se servoit de la voye du fidei-commis , quand il vouloit laisser sa succession en tout ou en partie , à quelque personne que la Loi lui défendoit d'avantager ; & pour cet effet , il la laissoit à un autre qui étoit capable de recevoir , afin que celui-ci la restituât au premier. Et c'est pour cela , que ces sortes de dispositions ont été appellées *fidei-commis* , c'est-à-dire , commises à la foi d'un tiers. Dans la suite , on força ceux qui étoient chargés des fidei-commis , de les restituer ; parce qu'on s'apperçût que plusieurs avoient profité de ce qu'on n'avoit aucune action contre eux , pour retenir à leur profit des choses qui ne devoient que passer par leurs mains : & comme il n'étoit pas juste , qu'après avoir restitué la succession , l'héritier pût encore être inquiété relativement à elle , il fut fait pendant le règne de Neron , sous le Consulat de Trebellius Maxime , & d'Annceus Sénèque , un *Senatus-consulte* , par lequel il fut ordonné

qu'après que la succession auroit été restituée en vertu d'un fidei-commis, toutes les actions que l'héritier pourroit intenter, ou qu'on pourroit intenter contre lui, passeroient à celui, ou contre celui auquel la succession auroit été restituée par fidei-commis. Ce Senatus-consulte est celui appelé *Trebellien*. Mais parce que les héritiers institués étoient le plus souvent priés de rendre toute la succession ou la plus grande partie, ils y renonçoient; ce qui rendoit les fidei-commis inutiles. C'est ce qui donna lieu à un autre Senatus-consulte, sous l'Empire de Vespasien, & sous le Consulat de Pegasus & de Pusio, par lequel il fut permis, à celui qui étoit chargé de rendre la succession de celui qui l'avoit institué, d'en retenir pour lui la quatrième partie, en acquittant par lui toutes les charges de la succession. Enfin l'Empereur Justinien a fondu ensemble ces deux Senatus-consultes, & a pris dans chacun d'eux, ce qui étoit le plus sage, pour faire à cet égard un règlement général qui obviât à tout. Il y a ordonné la restitution de toutes les successions fidei-commissaires, soit que le Testateur ait laissé la quatrième partie de ses biens à son héritier, ou qu'il lui ait laissé plus ou moins, ou même qu'il ne lui ait rien laissé du tout: en sorte cependant, que si le Testateur n'a rien laissé à l'héritier institué, ou s'il lui a laissé moins que la quatrième partie de la succession, l'héritier ait droit de demander ou la quarte ou le supplément d'icelle: & quant aux charges de la succession, la même Ordonnance veut qu'elles soient partagées entre l'héritier & le fidei-commissaire à raison de l'émolument. Et cette

quatrième partie des fidei-commis réservée par Justinien à l'héritier, est ce qu'on appelle la *Quarte Trebellianique*.

Comme cette réserve de la *Quarte Trebellianique* en faveur de l'héritier, est une espèce de Légitime légale, il sembleroit que la Légitime ne devoit point avoir lieu concurremment avec elle, & que l'une devoit nécessairement faire cesser l'autre. C'est aussi ce qui a fait penser à Ricard, que la détraction de la quarte & de la Légitime en même tems étoit abusive : (a) & il a fait voir avec beaucoup d'étendue, que cette double détraction étoit contraire aux véritables principes du Droit Civil ; cependant il a été obligé de convenir qu'elle ne souffroit point de difficulté dans l'usage.

Cet usage a sans doute son fondement dans les Chapitres 16 & 18 *extra de Testamentis*, qui autorisent formellement cette double détraction ; celle de la Légitime comme étant un bénéfice de la nature, & celle de la *Trebellianique*, comme étant un bienfait de la Loi.

On n'a pourtant point admis au Parlement de Toulouse, (b) cette double détraction dans tous les cas ; on y a distingué si le fidei-commis devoit être rendu sous condition & après un certain tems, ou si la restitution en étoit pure & simple. La double détraction avoit lieu dans le premier cas, & non dans le second. Mais cette distinction paroît n'avoir aucun

(a) Ricard des Donations troisième part. Chap. 8. sect. 6.

[b] Cambolas, liv. 4. chap. 42.

fondement raisonnable. Aussi n'a-t-elle point été adoptée par l'Ordonnance.

C'a été encore une grande question , même parmi ceux qui admettent la double détraction de la légitime , & de la Quarte Trébélianique , de sçavoir si la même chose devoit avoir lieu pour la Falcidie. Le Parlement de Toulouse (a) décidait que la Falcidie devoit être imputée sur la légitime. Le Parlement de Grenoble (b) au contraire ne mettoit aucune différence entre la Falcidie & la Quarte Trébélianique. Notre Ordonnance toujours favorable aux héritiers du sang , & plus portée à étendre leurs droits qu'à les diminuer , veut qu'ils puissent faire détraction & de la Quarte Falcidie & de la Trébélianique concurremment , & indépendamment de la légitime.

Mais on a demandé (& c'étoit même une question autrefois assez douteuse) si les ascendants avoient droit de faire ces déstractions aussi bien que les descendants. Des Arrêts du Parlement de Toulouse (c) ont jugé en faveur des ascendants , sur le fondement que par les Nouvelles XVIII. & CXV. les légitimes des ascendants ont été égalées à celles des descendants. L'Ordonnance ne fait non plus aucune distinction entr'eux , sur ce point , en se servant de ces mots génériques , *ceux qui ont droit de Légitime* , qui renferment tant les uns que les autres.

[a] D'Olive , liv. 5. chap. 27.

(b) D'Expilly , chap. 11.

[c] Maynard liv 5. Chap. 47.

D'olive , Liv. 5. chap. 27.

ARTICLE LVII.

Lorsque le Testament contiendra la clause codicillaire , & que l'institution d'héritier ne sera sans effet , qu'à cause d'un défaut de solennité , ou de la caducité de ladite institution ; les héritiers ab intestat , qui ont droit de légitime & qui prendront audit cas la place de l'héritier institué , pourront pareillement faire détraction des Quartes Falcidie & Trebellianique , & celle de la légitime sur la totalité desdits biens.

Dans l'Article précédent, l'Ordonnance accorde le droit de faire la triple détraction de la *Trebellianique* sur les fidei-commis , de la *Falcidie* sur les Legs, & de la *légitime* sur la totalité des biens de la Succession , aux héritiers légitimaires qui recueillent en vertu de l'institution faite par le Testament. Dans celui-ci elle accorde le même droit aux légitimaires héritiers *ab intestat* , lorsque l'institution faite par le Testament est sans effet soit par quelque défaut de solennité soit par la caducité de l'institution même ; pourvu cependant que le surplus du Testament demeure
en

en vigueur par la force de la clause Codicillaire. Le Législateur en rend lui-même la raison ; c'est que les héritiers *ab intestat* prennent, en ce cas, la place de l'héritier institué ; & par conséquent ils doivent jouir des mêmes prérogatives & des mêmes avantages dont auroit joui l'héritier institué qu'ils représentent, si l'institution avoit eu son effet.

A R T I C L E L V I I I.

Dans le cas porté par l'Article LIII, ou nonobstant la clause codicillaire, l'institution d'héritier ne peut valoir, même comme fidei-commis, à cause du vice de la prétérition, & où le Testament ne subsiste que pour le surplus des dispositions du Testateur, ceux qui ont droit de léguime, pourront faire la détraction des lites Quaries Falcidie & Trebellianique sur les legs ou fidei-commis, & en outre retenir leur léguime sur iceux, en cas que les biens qui leur appartiendront par la nullité de l'institution, ne suffisent pas pour remplir l'adite léguime.

Le principe & les motifs de décision sont
M m

les mêmes pour cet Article , que pour le précédent.

ARTICLE LIX.

La disposition des trois Articles précédens sera exécutée à l'égard de tous les Testamens , même du Militaire.

L'Ordonnance, en étendant les dispositions des trois Articles précédens aux Testamens Militaires , a considérablement dérogé aux Loix Romaines à cet égard. Car les Romains, dans le dessein ambitieux qu'ils avoient de parvenir à la Monarchie universelle , tâchoient par toutes sortes de privilèges, d'engager leurs Citoyens dans la profession des armes: & dans cette vuë ils ont non-seulement affranchi les Testamens Militaires de la détraction de la *Falcidie*, mais même de celle de la *légitime*. (a)

Mais une Exemption aussi contraire aux principes de la nature , n'a pas trouvé grace parmi nous ; & nous n'avons jamais cru devoir accorder , même à des Testateurs aussi privilégiés que le sont les Militaires , la barbare prérogative de pouvoir impunément réduire à la mendicité leur propre sang , en le privant de sa légitime pour enrichir des Etrangers.

Notre sage Législateur a même été plus

(a) *Leg. 7. Cod. ad. leg. Falcid.*

Leg. 9. Cod. de inoffic. Testam.

Et Leg. 27. Dig. Eod. Tit.

loin : il ne s'est pas contenté de permettre la détraction de la légitime à l'égard des Testamens Militaires; il les a mis au rang de tous les autres Testamens sur ce point, en y autorisant, outre la détraction de la légitime, celle des deux autres Quartes Falcidie, & Trebellianique.

A R T I C L E L X.

Sera néanmoins permis à tous Testateurs de deffendre par leur Testament ou par un Codicile postérieur, de retenir lesdites Quartes Falcidie ou Trebellianique, conjointement avec la légitime; auquel cas ceux qui ont droit de légitime, auront seulement le choix entre la détraction desdites Quartes & celles de la légitime, à moins que le Testateur n'en eût autrement ordonné, en les réduisant à leur légitime : & la desposition du présent Article aura lieu dans tous les cas portés aux Articles LVI. LVII. & LVIII. Deffendons aux Juges d'avoir égard à ladite prohibition, si elle n'est faite en termes exprès.

Sera néanmoins permis à tous Testateurs de deffendre par leur Testament , ou par un Codicile postérieur , de retenir lesdites Quartes Falcidie & Trebellianique , conjointement avec la légitime. ;

Lorsque l'Ordonnance accorde aux héritiers légitimaires la triple détraction de la Falcidie , de la Trebellianique & de la légitime , c'est par une interprétation favorable de la volonté du Testateur , & en présumant que son intention est que des personnes qui lui sont unies de si près par les liens du sang , ayent dans ses biens la portion la plus avantageuse qu'il est possible. Mais lorsque la volonté du Testateur est expresse au contraire, cette présomption favorable aux Légitimaire, ne peut plus avoir lieu , & comme les deux Quartes Falcidie & Trebellianique sont par elles-mêmes de véritables légitimes, ainsi que nous l'avons déjà remarqué , l'Ordonnance n'a pas voulu sur cela gêner la liberté des Testateurs , & elle leur a permis de deffendre que ces deux Quartes fussent prises conjointement avec la légitime.

Auquel cas ceux qui ont droit de légitime , auront seulement le choix entre la détraction desdites Quartes , & celle de la légitime , à moins que le Testateur n'en eut ordonné autrement , en

les réduisant à leur légitime.

Cette disposition est infiniment sensible par elle même : si le Testateur , ainsi qu'il en a la liberté , a défendu , soit par son Testament , soit par un Codicille postérieur , que les Légitimaires fissent détraction des Quartes Falcidie & Trebellianique , conjointement avec la légitime , alors le Légitimaire a l'option entre les deux Quartes & la légitime ; si ce n'est dans le cas où il est réduit à sa légitime par le Testateur.

Et la disposition du présent Article aura lieu dans tous les cas portés aux Articles LVI. LVII. & LVIII.

C'est-à-dire , soit que les Légitimaires aient été institués héritiers par le Testament ; soit qu'ils aient pris la place de l'héritier institué , par quelque défaut de solennité dans le Testament , ou par la caducité de l'institution ; soit enfin que nonobstant la clause Codicillaire , le Testament ne puisse valoir , même comme fidei-commis ; dans ces trois cas , lorsque le Testatur aura défendu de prendre les deux Quartes conjointement avec la légitime , les Légitimaires pourront faire l'option de ce qui leur sera le plus avantageux , soit des deux Quartes , soit de la légitime ; si ce n'est que le Testateur n'eut réduit les Légitimaires à leur légitime : en ce cas , ils seroient obligés de s'y tenir.

Dessendons aux Juges d'avoir égard à ladite prohibition , si elle n'est faite en termes exprès.

La présomption doit toujours être en faveur des héritiers du sang ; ils ont pour eux le vœu de la nature & de la Loi. C'est pourquoy les Juges qui ne sont que les Exécuteurs de la Loi , ne doivent point les dépouiller des avantages qui leur appartiennent à si juste titre ; s'il ne paroît que le Testateur lui-même a eu une volonté expresse & certaine , de les en priver.

A R T I C L E L X I.

La quotité de la légitime des ascendants dans les lieux où elle leur est due , sur les biens de leurs enfans ou descendans qui n'ont point laissé d'enfans & qui ont fait un testament , sera réglée , eu égard au total desdits biens ; & non sur le pied de la portion qui auroit appartenu ausdits ascendants , s'ils eussent recueilli lesdits biens ab intestat , concurremment avec les freres germains du déffunt ; ce qui aura lieu , soit que ledit déffunt

ait institué héritier ses freres ou sœurs , ou qu'il ait institué des Etrangers.

C'est un principe universellement reconnu dans le Droit Romain , que les freres & sœurs germains du Défunt lui succèdent *ab intestat* , lorsqu'il n'a pas laissé d'Enfans ; & ce , concurremment avec leur Pere & Mere communs. Mais , comme on l'a déjà remarqué plus haut , ces freres & sœurs n'ont pas les mêmes privilèges que les Peres & Meres , lorsque le Défunt a fait un Testament. Car ils ne peuvent , suivant le Droit Romain , l'attaquer qu'en un cas unique , c'est lorsque le Défunt a institué une personne infâme ; au lieu que les Peres & Meres , infiniment plus privilégiés à cet égard , sont autorisés en toutes sortes de cas , à arguer le Testament d'inofficiofité & à demander leur légitime sur les biens légués. C'est ce qui a fait naître une grande & fameuse question , qui a partagé les Jurisconsultes les plus célèbres : elle consistoit à sçavoir quelle seroit la quotité de la légitime des Ascendans dans tous les cas où les freres & sœurs germains n'auroient pas lieu d'en prétendre ? Seroit-ce le tiers de tous les biens , ou seulement le tiers de la portion en laquelle ils auroient eu droit de succéder *ab intestat* ? Les uns ont incliné pour la premiere opinion & les autres pour la seconde.

D'un côté on soutenoit que les Ascendans , dans l'espece proposée , ne pouvoient prétendre que le tiers de la portion qui leur eût

appartenu *ab intestat* ; parce que la légitime n'étant qu'une partie réservée par la Loi de la portion héritaire, elle doit avoir une proportion exacte avec cette même portion héritaire. Or comme les Pere & Mere & autres Ascendans n'auroient eu chacun qu'une portion virile , concurremment avec les freres & sœurs germains du Défunt , s'il étoit décédé *ab intestat* , on concluoit de-là , que la légitime des Ascendans , dans ce cas , ne devoit être que le tiers de la portion qui leur auroit appartenu *ab intestat*

D'un autre côté on prétendoit au contraire que la légitime des Ascendans , dans la même espece, devoit être du tiers de la totalité des biens , & l'on se fondeoit principalement sur ce que les freres & sœurs germains n'avoient été admis à succéder *ab intestat* concurremment avec les Ascendans, que par un privilège particulier. Or ce privilège cessant à leur égard dans le cas proposé , (c'est-à-dire , par le Testament du Défunt fait en faveur d'une personne non infâme ,) on croyoit que les choses retournoient au Droit commun , suivant lequel les Ascendans pouvoient prétendre toute la succession & par une suite nécessaire leur légitime à proportion , lorsqu'il s'y trouvoient réduits.

On trouve , dans Henris , deux Arrêts du Parlement de Paris tout différens sur cette question. Dans le premier volume (*liv. 6. quest. 16.*) il en rapporte un du 23 Mars 1633. qui a réglé la légitime des Ascendans au tiers de ce qui leur auroit appartenu *ab intestat* , les freres & sœurs germains concourans avec eux. Et le même Auteur dans le second

volume (liv 6. quest 12.) en cite un autre rendu en l'année 1658. au profit du sieur Floquet, contre Terreneuve, qui a jugé tout le contraire, & cet Arrêt semble faire le dernier état de la Jurisprudence du Parlement de Paris, sur cette importante difficulté. Cependant Bretonnier (a) rapporte un Arrêt rendu sur sa plaidoirie, & sur les conclusions de M. l'Avocat Général de la Moignon, en la Grand'Chambre, le 10 Juillet 1691. qui a jugé que la légitime de la Mere, n'étoit que du tiers de ce qu'elle auroit eu *ab intestat*.

Le Parlement de Toulouse avoit aussi réglé, dans notre espece, la Légitime des ascendans au tiers de la totalité des biens; mais avec cette restriction, que si la Légitime des ascendans se devoit tirer des avantages faits à l'un ou a plusieurs des freres germains par le Testament, cette Légitime, en ce cas seulement, ne seroit que de la troisiéme partie de la portion qui eut appartenue aux ascendans *ab intestat*. (b)

Mais l'Ordonnance n'a point adopté cette distinction; elle porte en termes formels, que la Légitime des ascendans sera indistinctement du tiers de la totalité des biens; soit, ajoute-t-elle, que le défunt ait institué héritiers ses freres ou sœurs, ou qu'il ait institué des étrangers.

La même chose avoit été décidée avant l'Ordonnance, par Arrêt du Parlement de Grenoble rendu le 5 Mai 1631, après avoir pris l'avis des Chambres. Cet Arrêt a jugé,

(a) Observations sur Henrys, quest. 16. chap. 5. liv. 4. Tome premier.

(b) D'Olive, liv. 3. chap. 9.

par forme de règlement , que la Légitime de la mere dans les biens de son fils , étoit la troisième partie du total desdits biens , soit que les héritiers institués fussent des enfans, ou des étrangers. (a)

Dans le ressort du Parlement de Bordeaux , l'on donnoit aussi à la mere , *Tertiam totius , & non tertiam tertiae* , soit que la substitution fut pupillaire , expresse ou tacite. (b)

On jugeoit pareillement , avant l'Ordonnance , en faveur des ascendans au Parlement de Provence. (c)

On ne doit pas non plus passer sous silence l'Auteur des Loix Civiles (d) qui , après avoir fait une très-belle dissertation sur cette question , & après avoir examiné l'une & l'autre opinion , conclut que la Légitime des ascendans doit toujours être indistinctement du tiers de tous les biens ; ce qui est conforme à notre Ordonnance.

A R T I C L E L X I I.

Celui qui aura été institué héritier à la charge d'élire un des enfans du Testateur , ne pourra élire un

(a) Basset , Tome premier , page 59.

(b) La Peyrere let. L. nomb. 36. & 70.

Le Feron sur la Coutume de Bordeaux. Parag. de Test. 11. nomb. premier.

(c) Morgues , Statuts de Provence , page 224.

Boniface Tome 3. liv. premier tit. 21. chap. 6.

Questions Notables , liv. 4. quest. 6.

(d) Loix Civiles , liv. 3. tit. 3. section 2.

des petits enfans ou descendans , encore que celui des enfans dont ils sont issus fut mort avant que le choix eut été fait ; & si tous les enfans du premier degré décèdent avant ledit choix , le droit d'élire demeurera caduc & éteint ; le tout à moins que le Testateur n'en eut autrement ordonné.

Celui qui aura été institué héritier à la charge d'élire un des enfans , ne pourra élire un des petits enfans ou descendans , encore que celui dont ils sont issus , fut mort avant que le choix eut été fait.

Cet Article décide encore une question extrêmement controversée dans la Jurisprudence. Henrys (a) étoit d'avis , que l'héritier institué à la charge d'élire un des enfans , ne pouvoit élire un des petits enfans , par deux raisons ; la première , parce que ce choix sembloit être contraire à l'intention du Testateur , qui paroissoit avoir voulu borner le pouvoir de l'héritier , au droit d'élire un de ses enfans *au premier degré* ; & la seconde , en ce que la représentation admise dans les successions *ab intestat* , n'a pas lieu envers les fidei-

[a] Henrys , Tome premier liv. 5. Chap. 4. quest. 62.

commis & les élections qui les renferment.

Mais Bretonnier (a) cite un Arrêt du Parlement de Paris intervenu, lui plaidant, sur les conclusions de M. de la Moignon Avocat Général, le 12 Février 1692. dont voici l'espece. Jean de Navette du Pays de Forest, avoit institué son héritière Marie Rachel de Mervant sa femme, à la charge de rendre la succession à une de leurs filles qui étoient au nombre de trois. Ladite de Mervant femme Navette fit son Testament; & au lieu d'instituer une de ses trois filles, elle choit Jean Allier de Saigniart fils de Margueritte de Navette sa fille puînée. Après la mort de la mere, la fille aînée attaqua le Testament, se fondant principalement, sur ce que la mere chargée d'élire une des filles, n'avoit pû élire son petit-fils, au préjudice d'elle fille aînée. Le Testament fut cependant confirmé par la Sentence du Châtelet, & ensuite par l'Arrêt, nonobstant tout ce que pût dire, pour la défense de la fille aînée, Bretonnier qui avoit entrepris la cause avec une confiance entière, d'après l'autorité d'Henrys.

Il faut convenir, que le Parlement de Toulouse ne pensoit pas tout-à-fait de même sur cette question. M. Catelan (b) fait mention d'un Arrêt de ce Parlement, prononcé en Robes rouges, par lequel il a été jugé, que celui qui, par son Contrat de mariage, fait une Donation aux enfans qui naîtront de ce mariage tel qu'il élira, ne peut élire un de ses petits-enfans *ex filio præmortuo*, au préjudice

[a] Bretonnier sur Henrys ibidem.

(b) Catelan, Tome premier liv. 2. chap. 100.

de ses enfans du premier degré. D'où l'on peut conclure assurément, à bien plus forte raison, qu'un héritier chargé de rendre, qui n'est qu'un simple dépositaire, ne doit pas avoir la liberté de choisir les petits-enfans, au préjudice des enfans du premier degré.

C'est par ces motifs, que notre Ordonnance peu conforme en ce point à la Jurisprudence du Parlement de Paris, décide formellement, que *celui qui aura été institué héritier, à la charge d'élire un des enfans du Testateur, ne pourra élire un des petits enfans ou descendans.* Elle ajoute même, *encore que celui des enfans dont ils sont issus, fut mort avant que le choix eut été fait*; ce qui est cependant un cas extrêmement favorable; puisque le pere & les enfans n'étant qu'une seule & même personne, le pere en mourant, sembleroit avoir transmis son droit d'élection passive à ses enfans.

Et si tous les enfans du premier degré décèdent avant ledit choix, le droit d'élire demeurera caduc & éteint.

Ceci est une suite nécessaire de ce qui précède. Car si, par une première disposition, Ordonnance borne au premier degré seulement, la faculté d'élire, lorsqu'elle est donnée à la charge d'élire un des enfans du Testateur, on doit absolument en conclure, que le premier degré une fois éteint par la mort des enfans qui le composoient avant le choix, le droit d'élire devient sans objet, & tombe sur lui-même.

ARTICLE LXIII.

Celui qui aura été chargé d'élire un des enfans du Testateur ou autre , ne pourra grever celui qu'il choisira d'aucune substitution , même en faveur d'un sujet éligible ; si ce n'est que le Testateur lui en eut donné expressément le pouvoir par son Testament.

La question que décide cet Article , a été long-tems douteuse ; & le pour & le contre , ont eu , l'un & l'autre , d'illustres partisans.

On jugeoit avant l'Ordonnance , au Parlement de Toulouse , (a) qu'un héritier chargé d'élire , pouvoit grever de substitution celui qu'il choisissoit.

La même Jurisprudence avoit lieu au Parlement de Provence. (b)

Elle étoit aussi en vigueur au Parlement de Grenoble. (c)

Mais au Parlement de Bordeaux , on distinguoit si la Donation étoit faite au Contrat de mariage du fils , ou par un Acte particu-

[a] D'Olive , liv. 5. chap. 15. & 16.

Mainard liv. 5. Chap. 54.

Cambolas , liv. 5. Chap. 2.

[b] Boniface , Tome 3. liv. 2. tit. 20. chap. première & 4.

[c] Duperier , liv. 3. quest 2.

Basset , Tome premier , liv. 5. tit. 5. chap. 2.

(d) La Peyrere , let. S. nomb. 56.

lier ; dans le premier cas , la substitution n'étoit point reçue : dans le second , elle étoit admise.

A l'égard du Parlement de Paris , on ne voit pas que la question s'y soit jamais présentée , & par conséquent y ait jamais été décidée. Mais les meilleurs Jurisconsultes de ce Parlement , (a) pensent tout différemment des Parlemens de Droit écrit , & croient qu'il est contre les principes du Droit & de la raison , de permettre à un homme chargé d'en élire un autre , de grever de substitution celui qu'il choisira ; par une double raison. La première , c'est que ne faisant en cette partie que l'office de mandataire du Testateur lorsqu'il choisit , c'est visiblement excéder les bornes du mandement , que de grever celui qu'il choisit d'une charge qu'il n'est point autorisé d'imposer par le Testament. La seconde , c'est qu'on ne peut raisonnablement , & suivant toutes les Loix , mettre des conditions & imposer des charges qu'à sa propre libéralité , & non à celle d'autrui. Or , lorsque celui qui est chargé d'élire , choisit un des sujets éligibles , ce n'est point une libéralité qu'il exerce ; il ne fait que donner la chose d'autrui , dont il avoit été jusqu'alors simple dépositaire. Et par conséquent , ce n'est point à lui à y imposer d'autres Loix , que celles qui sont prescrites par le Testament , qui est le titre commun , & du sujet chargé d'élire , & du sujet élu.

Ces motifs ont déterminé le Législateur à

(a) Henrys , Tome premier , Liv. 5. chap. 3. quest. 18. & 19.

Ricard des substitutions , liv.

préférer le sentiment des Jurisconsultes du Parlement de Paris , à la Jurisprudence des Parlemens de Droit écrit , en ordonnant , que *celui qui aura été chargé d'élire un des enfans du Testateur ou autres , ne pourra grever celui qu'il choisira d'aucune substitution.* L'Ordonnance ajoute , *même en faveur d'un autre sujet éligible* , sans doute , par rapport à la distinction qu'a faite sur cela M. de Catelan. (a) Ce Magistrat croyoit , que pour adopter la Jurisprudence du Parlement de Toulouse à cet égard , il falloit distinguer si la substitution étoit faite en faveur d'un autre sujet éligible , ou en faveur d'un étranger ; dans le premier cas , il soutenoit la substitution valable , & il la rejettoit dans le second. Mais comme dans l'un & l'autre cas , celui qui est chargé d'élire excède son pouvoir en substituant , l'Ordonnance a rejeté avec juste raison , cette distinction de M. Catelan , qui cependant étoit assez du goût de Bretonnier. (b)

On lit ensuite dans l'Article , *si ce n'est que le Testateur lui en eut donné le pouvoir par son Testament* , disposition qui n'est qu'une suite de ce qui précède. Car si celui qui est chargé d'élire , ne peut grever de substitution celui qu'il élit , parce que n'étant que mandataire , il ne peut excéder son pouvoir ; il s'ensuit que lorsque le Testament contient ce pouvoir même , bien loin de contrevenir alors à la volonté du Testateur , il ne fait que l'exécuter.

(a) Catelan , Tome premier liv. 2. chap. 100.

(b) Observations sur Henr. 1. , Tome premier Liv. 5. chap. 3. quest. 18.

ARTICLE LXIV.

Lorsque celui qui aura été chargé d'élire , aura déclaré son choix par contrat de mariage , ou par un Acte entre-vifs , accepté par celui qu'il aura élu dans la forme prescrite pour l'acceptation par notre Ordonnance du mois de Février 1731. ledit choix sera irrévocable.

Pour bien entendre cet Article, il faut examiner la question générale qui y a donné lieu. Cette question est de sçavoir , si celui qui est chargé d'élire, peut varier ; & si après avoir fait une première élection , il peut en faire une seconde qui anéantisse la première.

Afin de décider plus nettement la question , il est nécessaire de distinguer la différente nature des Actes par lesquels cette élection peut être faite. Car ou l'élection est faite par un Testament , ou par un Contrat de mariage , ou par une Donation entre-vifs librement acceptée.

Si l'élection est faite par un Testament , les Auteurs s'accordent pour décider , que l'élection est revocable jusqu'à la mort de celui qui l'a faite , de même que l'Acte qui la contient. (a)

(a) Basset Tome premier liv. 3. tit. 5. chap. premier.
Henrys , Tome 2. liv. 5. ques. 10.

Mais si l'élection étoit faite par Contrat de mariage , au Parlement de Paris on jugeoit , que l'élection étoit irrévocable. (a)

Il paroît que la même Jurisprudence étoit observée au Parlement de Provence & de Bordeaux. (b)

Au Parlement de Toulouse au contraire , on faisoit dépendre l'irrévocabilité de l'élection faite par Contrat de mariage , de la procréation des enfans. Si le Contrat de mariage étoit suivi de procréation d'enfans , l'élection devenoit irrévocable ; mais s'il ne naissoit point d'enfans du mariage , celui qui étoit chargé d'élire , n'avoit point les mains liées par la première élection ; parce qu'on supposoit dans ce Parlement , que l'élection faite par Contrat de mariage , n'ayant pour objet que les enfans qui naîtroient , l'élection devoit tomber au défaut de l'objet qui lui servoit de base.

Cette distinction du Parlement de Toulouse , n'a point été goûtée par le Législateur. Car notre Article porte indistinctement , que *lorsque celui qui aura été chargé d'élire aura déclaré son choix par Contrat de mariage , ledit choix sera irrévocable.*

Enfin si l'élection est faite par une Donation entre-vifs dûment acceptée , les sentimens ont été partagés sur son irrévocabilité.

Plusieurs graves Jurisconsultes décident , qu'une élection faite par une Donation est ré-

(a) Henrys Ibidem.

[b] Boniface Tome 2. liv. 3. tit. 2, chap. 24.

La Peyrere liv. 2, nomb. 16.

vocable , sur tout si le tems de l'élection est incertain. (a)

Quelques-autres au contraire estiment (b) qu'une élection faite par Donation entre-vifs bien & duement acceptée , ne peut plus être révoquée , non plus que l'Acte qui la contient. En effet , une élection étant faite par un Acte irrévocable de sa nature , & qui ne peut subsister sans cette irrévocabilité , peut-elle n'être pas elle-même irrévocable ? C'est aussi ce que décide notre Ordonnance. *Lorsque celui qui aura été chargé d'élire , (est-il dit) , aura déclaré son choix par un Acte entre-vifs , accepté par celui qu'il aura élu dans la forme prescrite pour l'acceptation des Donations , par notre Ordonnance du mois de Février 1731 , ledit choix sera irrévocable.*

A R T I C L E L X V.

La disposition de l'Article précédent aura lieu , encore que le choix ait été fait avant le tems porié par le Testament , si ce n'est que le Testateur eut prohibé expressément de faire ledit choix avant le terme

[a] Cujas , liv. 10. chap. 39. & consult. 34.

Faber , conject. liv. 18. chap. 4. nomb. 12.

Despeisses , Tom. 2. pag. 130.

Henrys & Bretonnier , Tome 2. liv. 5. quest. 10.

(b) Chopin des priv. rust. liv. 3. chap. 4. nomb. 5.

Sœfve , part. 2. Cent. 2. chap. 18.

Boniface , Tome 3. liv. 2. tit. 20. chap. 2.

par lui marqué , auquel cas ledit choix ne sera irrévocable , qu'après l'expiration dudit terme.

La disposition de l'Article précédent aura lieu , encore que le choix ait été fait avant le tems porté par le Testament.

Jusqu'à présent nous n'avons envisagé les fidei-commis laissés à la charge d'élire , qu'en général ; c'est-à-dire , qu'autant que l'héritier fiduciaire n'a point été borné par le Testateur pour le tems de l'élection. Mais s'il y a un terme dans le Testament pour élire , & que l'héritier fiduciaire anticipe ce tems , son élection sera-t-elle irrévocable ? c'est la question que décide notre Article.

Bretonnier distingue à cet égard les fidei-commis par substitution , d'avec les fidei-commis par élection. (a) On appelle fidei-commis par substitution , ceux où le Testateur nomme & détermine lui-même ceux à qui il laisse les biens après l'héritier institué ; au lieu que dans les fidei-commis par élection , le Testateur laisse à l'héritier le choix entre plusieurs personnes , pour recevoir après lui les biens laissés par lui Testateur.

Dans les fidei-commis par substitution , dont il ne s'agit point ici , Bretonnier convenoit avec les meilleurs Jurisconsultes de tous les

(a) Observations sur Henrys Tom 2. liv. 7. quest. 56.

Parlemens, que la restitution anticipée étoit valable & irrévocable. Mais quant aux fidei-commis par élection, il soutenoit que l'héritier ne pouvoit anticiper le tems, ou du moins qu'il pouvoit varier *usque ad extremum vitæ spiritum*, sans qu'une première élection anticipée eut consommé son choix.

Notre Ordonnance au contraire, ne met sur ce point aucune différence entre les fidei-commis par substitution & ceux par élection; & comme les fidei-commis par substitution peuvent être anticipés d'un aveu unanime, elle veut qu'il en soit de même de ceux par élection, parce que dans l'un & dans l'autre cas, la raison est la même. L'héritier fiduciaire est censé avoir eu en vue, en anticipant le tems, d'exécuter plus pleinement la volonté du Testateur. Ainsi cette volonté étant exécutée, il a les mains liées; & son élection est irrévocable.

Cependant la validité de cette anticipation de tems, n'est fondée que sur la volonté *présumée* du Testateur; ainsi, aussi-tôt que le Testateur a défendu en termes exprès, que ce tems fut anticipé, l'héritier fiduciaire n'étant en cette partie que mandataire du Testateur, qui sans doute a eu ses vues en prohibant d'avancer le terme de l'élection, il ne peut alors valablement élire avant le tems: ou du moins cette élection anticipée ne devient irrévocable, que lorsque le tems marqué par le Testateur est révolu. Telle est la disposition de notre Article, dont les termes sont sur cela extrêmement expressifs: *si ce n'est (y est-il dit) que le Testateur eut prohibé expressément de faire ledit choix avant le terme par lui*

marqué ; auquel cas ledit choix ne sera irrévocable qu'après l'expiration dudit terme.

ARTICLE LXVI.

Tout ce qui a été réglé par les quatre Articles précédens sur les institutions d'héritier faites à la charge d'élire , aura lieu pareillement pour les legs universels ou particuliers faits sous la même charge.

Idem jus , ubi est eadem ratio. Or les mêmes raisons militent dans les Pays Coutumiers , par rappott aux legs soit universels soit particuliers , comme par rapport aux institutions d'héritiers dans les Pays de Droit écrit , quant au droit d'élection , & quant aux regles auxquelles ce droit doit être assujetti. Ainsi dans les legs universels ou particuliers faits à la charge d'élire , celui qui aura été chargé de faire cette élection , ne pourra l'étendre aux enfans d'un de ceux qu'il lui étoit libre de choisir , parce que , n'étant en cette partie que mandataire , il doit se renfermer strictement dans les limites du pouvoir qui lui a été donné. Il ne pourra non plus grever d'aucune substitution , celui sur qui tombera son choix , même en faveur d'un des sujets éligibles , parce que ne donnant rien du sien , & n'exerçant que la libéralité d'autrui , il ne peut y imposer , de son propre mouvement , aucune

charge. Enfin quand ce mandataire aura déclaré son choix par quelque Acte entre-vifs, accepté du Légataire, ce choix sera irrévocable, eut-il été fait avant le tems marqué par le Testament ; attendu que ce choix étant une fois consommé par la déclaration du Mandataire & l'acceptation du Légataire, il forme entre l'un & l'autre un engagement synallagmatique irrévocable de sa nature.

Tout cela suppose néanmoins que le Testateur n'en ait point ordonné autrement. Car s'il l'avoit fait, il faudroit se conformer exactement à sa volonté & en suivre scrupuleusement la lettre.

A R T I C L E L X V I I.

Si l'héritier institué par un testament qui contient la clause Codicillaire, n'a prétendu faire valoir la disposition du testateur que comme Codicille seulement, ou s'il n'a agi qu'en conséquence de ladite clause, il ne sera plus recevable à soutenir ladite disposition en qualité de testament. Mais s'il a agi d'abord en vertu du testament, il pourra se servir ensuite de la clause Codicillaire ; & ce, jusqu'à ce qu'il soit intervenu Arrêt définitif ou juge-

ment passé en force de chose jugée au sujet dudit testament.

Si l'héritier institué par un Testament qui contient la clause Codicillaire, n'a prétendu faire valoir la disposition du Testateur, que comme Codicile seulement, ou s'il n'a agi qu'en conséquence de ladite clause, il ne sera plus reçu à soutenir ladite disposition en qualité de Testament.

Il y a une très-grande différence entre faire valoir un Testament comme Testament, & le faire valoir comme Codicile. En le faisant valoir comme Testament, on agit comme héritier ; & on a la totalité des biens sans aucune détraction ; au lieu qu'en le faisant valoir seulement comme Codicile, on agit comme substitué à l'héritier *ab intestat* ; & dans ce second cas, l'héritier *ab intestat* a droit de prendre la Quarte Trébellianique. D'où n'ait la conséquence que lorsqu'un héritier institué par un Testament, fait valoir ce Testament comme Codicile en vertu de la clause Codicillaire, il renonce à la qualité d'héritier pour prendre celle de substitué seulement, & par cette renonciation, il saisit l'héritier *ab intestat* de cette qualité d'héritier. Or comme il ne pouroit plus varier ensuite, sans faire perdre à un tiers, (qui est l'héritier *ab intestat*) un droit & une qualité qui lui sont acquises par son propre fait, il ne seroit pas juste qu'il put faire valoir en qualité de Testa-
ment

ment, un Acte qu'il n'a d'abord fait valoir que comme Codicile.

Mais s'il a agi d'abord en vertu du Testament, il pourra se servir ensuite de la clause Codicillaire ; & ce, jusqu'à ce qu'il soit intervenu Arrêt définitif, ou jugement passé en force de chose jugée au sujet dudit Testament.

Ricard pensoit que celui qui avoit une fois commencé à agir en vertu du Testament, ne pouvoit plus se servir ensuite de la clause Codicillaire. (a) Il se fondeoit sur le texte même de la Loi dernière au Code de Codicillis, dont voici les termes, *qui petit hæreditatem, ab ipsius intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens se unius electione, alterius sibi aditum perclusisse.* Chorier étoit du même avis, & appuyoit son sentiment sur trois Arrêts assez recens. (b)

Henrys (c) ne pensoit pas tout-à-fait de même ; il croyoit que la rigueur de la Loi devoit être tempérée, & qu'il falloit permettre de varier en cause principale, jusqu'à la Sentence définitive, & même en cause d'appel, en prenant des lettres & en payant les dépens jusqu'au jour des lettres. Mais Bretonnier (d) dans ses observations sur cette question, a été

[a] Ricard des Donations part. première, chap. 5. sect. 3. nomb. 1431. & suivans.

(b) Jurisprudence de Guy-Pape, page 158.

[c] Henrys Tom. II. liv. quest. 26

(d) Observations sur Henrys, ibidem.

plus loin qu'Henrys, & a soutenu qu'il n'étoit point besoin de lettres ni de payer de dépens pour varier, même en cause d'appel; attendu que si un homme a mal été deffendu en cause principale, ce ne doit point être une règle pour qu'il le soit aussi en cause d'appel; & que c'est aux Avocats de la Cour, comme plus éclairés, à réformer ce qu'il peut y avoir de défectueux dans la première défense, & à ajouter de nouveaux moyens à ceux qui ont été employés devant les premiers Juges, si l'intérêt de leurs parties le demande. Notre Ordonnance a adopté ce dernier sentiment & permet de faire valoir comme Codicile un Acte que l'on a d'abord fait valoir comme Testament, *jusqu'à Arrêt définitif ou jugement passé en force de chose jugée au sujet dudit Testament*; d'autant que, dans ce second cas, l'intérêt d'un tiers n'est point compromis, comme dans le premier.

A R T I C L E L X V I I I.

Lorsque le Testateur sera domicilié dans un des Pays qui suivent le droit écrit, l'institution d'héritier par lui faite, aura son effet tant pour les immeubles situés audit Pays, que pour les meubles, droits & actions qui suivent la personne; & quant aux immeubles situés dans les Pays où le Droit

écrit n'est pas observé , elle vaudra comme legs universel ; si ce n'est qu'elle ait été faite pour une somme fixe ou pour de certains effets , auquel cas elle ne vaudra dans lesdits Pays que comme legs particulier.

Il y a trois choses essentielles à considérer , relativement à un Testament.

1°. Le lieu où a été passé l'Acte.

2°. Le domicile du Testateur.

3°. La situation des biens.

Le lieu règle les formalités de l'Acte.

Le domicile règle la capacité de la personne qui teste , ainsi que tout le mobilier de sa succession , qui , quoique transportable à tout instant d'un lieu à un autre , est censé néanmoins n'avoir d'autre assiette que le domicile du propriétaire , & le suivre par tout où il lui plaît de transférer ce domicile.

Les immeubles ne sont pas de même ; ils ont une situation fixe & invariable. C'est la Loi du Pays où ils sont situés , qui les gouverne. De là, ils sont regis par autant de Loix qu'ils ont , chacun en particulier , d'assiettes différentes.

Ces observations s'appliquent d'elles-mêmes à notre Article. On y suppose un Testateur domicilié dans le Pays de Droit écrit qui a fait son Testament avec les formalités qui y sont prescrites , c'est-à-dire , avec institution d'héritier ; car l'institution d'héritier est le caractère distinctif du Testament en Pays

de Droit. Cette institution d'héritier aura , sans contredit, son effet pour tout le mobilier & autres droits qui sont attachés à la personne du Testateur , & même pour les immeubles situés en Pays de Droit écrit. Mais que deviendra-t-elle, si le Testateur possède aussi des biens en Pays Coutumier , où l'on ne connoît point d'institution d'héritier ?

Notre Article distingue à cet égard ; si cette institution est pour une universalité en tout ou en partie , elle vaudra comme legs universel ; si au contraire elle n'a pour objet que certains effets particuliers , elle tiendra lieu de legs particulier. En effet si l'institution d'Héritier n'est point admise en pays Coutumier , ce n'est pas qu'elle y soit regardée comme nulle , mais seulement comme inutile & superflue. C'est ce que nous apprend la Coutume de Paris, qui forme le Droit commun du pays Coutumier sur cette matière ; en voici les termes : *institution d'Héritier n'a lieu*. C'étoit tout ce que portoit l'ancienne Coutume. Mais les sçavans Rédacteurs de la nouvelle , craignant qu'on ne put induire de-là , que toute institution étoit nulle en soi , ajoutèrent à l'Article cette explication qui leve tous les doutes : *c'est-à-dire , qu'elle n'est requise & nécessaire pour la validé d'un Testament , mais ne laisse de valoir la disposition, jusqu'à la quantité de bien, dont le Testateur peut valablement disposer par la Coutume. (a)*

La Coutume d'Auvergne porte de même (b) *qu'institution d'Héritier n'a lieu , & est*

(a) Paris , Article CCXCIX.

(b) Auvergne , chap. 12. Article X.

réputé icelui institué , Légataire. Notre Ordonnance a fait, de cette sage disposition, une Loi générale pour toutes les Coutumes du Royaume ; ce qui faisoit auparavant beaucoup de difficulté dans plusieurs, comme Chaumont , Vitri , Nivernois , Montargis , Bourbonnois , Blois & Senlis , qui portent ; qu'institution d'Héritier n'a point de lieu au préjudice des plus prochains habiles à succéder. D'où plusieurs Commentateurs faisoient résulter une nullité absolue de l'institution. Nec in vim quidem legati valet sub hac consuetudine, dit Dumoulin , écrivant sur la Coutume de Vitri. Mais tous les doutes à cet égard sont maintenant applanis par l'Ordonnance.

A R T I C L E L X I X .

La disposition de l'Article précédent aura lieu , encore que le Testateur domicilié en Pays de Droit écrit , ait fait son Testament dans un Pays où ce droit n'est point observé. Et en cas que ledit testament ne contint qu'un ou plusieurs legs universels , sans institution , ils vaudront comme institution dans les Pays de Droit écrit pour les biens qui y sont situés ou qui suivent la personne , & seulement

comme legs universel pour les immeubles situés en d'autres Pays.

Comme c'est le lieu où le Testament a été fait qui en règle les formalités, un Testament fait en pays Coutumier, avec les solemnités qui y sont en usage, par une personne domiciliée en pays de Droit écrit, a toujours été réputé valable, sur tout s'il contenoit institution d'héritier. Mais s'il n'en contenoit pas, la difficulté étoit plus grande. Plusieurs regardoient ce défaut comme une nullité essentielle, se fondant sur ce que l'institution d'héritier, en pays de Droit écrit, n'est point une simple formalité, & qu'elle tient lieu de disposition.

Cependant la Jurisprudence contraire a prévalu non seulement au Parlement de Paris, (a) mais même dans tous les Parlemens de Droit écrit. (b) En effet, comme l'observe fort bien Bretonnier sur Henrys, les Notaires ne sont pas obligés de sçavoir toutes les formalités de chaque pays; il suffit qu'ils sachent celles du lieu de leur résidence.

C'est en conséquence de ce principe que notre Ordonnance, après avoir réglé dans l'Article précédent, qu'en pays Coutumier les institutions d'héritiers vaudroient comme Legs universels, décide dans celui-ci, que les

(a) Brodeau sur Louet, lettre C. chap. 42. nombre 56, 57. & 58.

Henrys, Tome 2. liv. 5. quest. 32.

(b) Guy-Pape, quest. 262.

Expilly, chap. 78.

Maynard, liv. 5. chap. 92.

La Peyrere, lettre T. nomb. 40.

Legs universels tiendront lieu d'institutions d'héritiers , lorsque le Testament sera fait en pays Coutumier.

ARTICLE LXX.

Dans le cas porté par l'Article précédent , de quelque maniere que le Testateur ait fait une ou plusieurs dispositions universelles , soit à titre d'institution ou à titre de legs universel , son testament ne pourra être attaqué par le vice de la prétériton , lorsqu'il y aura fait des legs , soit universels ou particuliers , à chacun de ceux qui ont droit de légitime , quelques modiques que soient lesdits legs , lesquels vaudront en ce cas comme institution d'héritier , sauf l'action en supplément de légitime ; ainsi qu'il est porté en l'Article LII. Mais si le testateur n'a rien laissé à quelqu'un de ceux qui ont droit de légitime , ledit testament sera déclaré nul ,

quant aux dispositions universelles seulement.

Il y a eu variation dans la Jurisprudence sur la question de sçavoir , si la prétérition des Descendans ou Ascendans annulloit un Testament fait en pays Coutumier par un Habitant du pays de Droit écrit. Bretonnier sur Henrys , rapporte un Arrêt rendu , lui plaidant , en l'année 1692. qui a confirmé un Testament fait à Paris , par une Dame domiciliée à Montbrison , & dans lequel elle avoit passé sous silence sa fille aînée. (a)

D'un autre côté on trouve dans le Journal des Audiences (b) un Arrêt du premier Septembre 1661. qui a cassé le Testament d'un Enfant de Lyon , fait à Paris , pour avoir passé son ayeule.

On peut dire en faveur de ce dernier Arrêt que la prétérition est moins un défaut de formalité , qu'une injure faite à la nature , dont les sentimens ne doivent point changer , en changeant de climats. C'est aussi ce qui a déterminé le Législateur à prendre sur cela un temperamment très-juste dans notre Article. Ceux qui ont droit de Légitime , éprouvent-ils quelques libéralités de la part du Testateur , soit à titre de legs universels , soit à titre de legs particuliers ? Ces libéralités leur tiendront lieu d'institution , sauf l'action en supplément de légitime , s'ils n'y trouvent pas un équivalent. Mais si l'on n'y

(a) Observations sur Henrys , Tome 2. liv. 5. quest.

32.

(b) Journal des Audiences , liv. 4. chap. 40.

laisse rien à quelqu'un des Légitimaires , les dispositions universelles , qu'on regarde en ce cas comme tenant lieu d'institution , demeurent caduques. Le surplus du Testament , pour les dispositions particulières , n'en est pourtant point altéré , suivant la Nouvelle CXV. qui veut que le vice de l'institution ne fasse aucun tort aux legs , & aux autres dispositions du Testament. C'est pour cette raison que notre Article porte ; *ledit Testament sera déclaré nul, quant aux dispositions universelles seulement.*

A R T I C L E L X X I.

Lorsque le Testateur sera domicilié dans un Pays où le Droit écrit n'est pas observé , & qu'il aura fait un Testament contenant institution d'héritier , elle n'aura son effet que pour les immeubles situés en Pays de Droit écrit ; & à l'égard des autres immeubles , ensemble des meubles , droits & actions qui suivent la personne , elle ne vaudra que comme legs universel ou comme legs particulier , suivant la disposition portée par l'Article LXVIII.

Les trois Articles précédens ont eu pour

objet le Testament fait par une personne domiciliée en pays de Droit écrit, & qui possède des biens tant en pays de Droit écrit qu'en pays Coutumier. Le présent Article & le suivant au contraire supposent quelqu'un domicilié en pays Coutumier, & qui a des biens en Pays Coutumier & en pays de Droit écrit en même tems.

L'Ordonnance suit, dans cette seconde supposition, les mêmes règles qu'elle s'est prescrites dans la première. Par l'Art. LXVIII. elle décide que l'institution d'héritier faite par un Testateur domicilié en pays de Droit écrit, comprend non-seulement les immeubles situés en pays de Droit écrit, mais encore tous les meubles & autres droits & actions qui suivent la personne; parce que c'est le domicile qui, de droit, règle la succession mobilière; & à l'égard des immeubles, sis en pays Coutumier, cette institution ne vaut que comme Legs. De même, *vice versâ*, le présent Article veut que l'institution d'héritier émanée d'un Testateur domicilié en pays Coutumier, n'ait son effet que pour les immeubles situés en pays de Droit écrit, & qu'elle soit réputée Legs universel ou particulier, pour les immeubles situés en pays Coutumier, & pour les meubles, droits & actions qui suivent la personne.

A R T I C L E L X X I I.

La disposition de l'Article précédent sera observée en quelque lieu que le testament ait été fait; & si le-

dit testament ne contient point d'institution d'héritier, les dispositions universelles qui y seroient portées, ne seront exécutées que comme legs universels, même dans les Pays de Droit écrit.

Il y a deux parties essentielles à distinguer dans cet Article.

La première est celle par laquelle on confirme la disposition de l'Article précédent, dans quelque lieu que le Testament ait été fait ; c'est-à-dire, qu'un Testament contenant institution d'héritier, fait par un homme domicilié en pays Coutumier, ne vaut, par rapport à l'institution, que pour les immeubles situés en pays de Droit écrit, quel que soit le lieu où le Testament a été passé ; parce que l'institution n'étant point une formalité extrinsèque de l'Acte, le Testateur, en la faisant insérer dans son Testament, n'est censé avoir eu en vue que les biens pour lesquels cette institution est requise par la Loi du territoire.

Par la seconde disposition au contraire, il est décidé que si le Testament ne contient point d'institution, les dispositions universelles ne seront envisagées que comme Legs universels, même pour les biens des pays de Droit écrit. La raison en est puisée dans l'intention présumée du Testateur. En effet un homme domicilié en pays de Coutume, élevé dans les maximes qui les régissent & dont l'esprit est contraire à l'institution d'héritier, doit être

présumé n'avoir voulu faire aucune institution d'héritier, même pour les biens des pays de Droit écrit, lorsqu'il n'y a point de disposition formelle à cet égard dans son Testament.

A R T I C L E L X X I I I.

Dans tous les cas où suivant la disposition des Art. LXVIII. LXIX. LXX. & LXXI. les institutions d'héritier ne vaudront que comme legs universels, ou comme legs particuliers, elles seront sujettes à délivrance & aux réductions portées par les Coutumes; & réciproquement dans tous les cas où les dispositions universelles, vaudront comme institution d'héritier, ceux au profit desquels elles seront faites, auront les mêmes avantages, & seront sujets aux mêmes Loix que les héritiers institués.

Cette alternative est des plus justes. Effectivement ce n'est point à la dénomination, mais à la nature de la chose, qu'il faut s'arrêter. Lorsqu'une institution d'héritier est dans le cas de ne valoir qu'en qualité de Legs universel, comme elle cesse dès-lors d'être véritablement institution, elle doit être dépouil-

lée des privilèges qui y sont attachés , & être assujettie tant à la délivrance qu'aux réductions Coutumieres , qui ont lieu par rapport aux Legs.

Par la même raison au contraire , lorsqu'un Legs universel vaut comme institution , il en prend tous les privilèges , & les caractères.

T I T R E I V.

De quelques dispositions particulières.

LE Législateur a ajouté , à la fin de son Ordonnance , plusieurs dispositions particulières que l'on a cru devoir rassembler sous un même titre ; quoique plusieurs n'ayent , entre elles , aucune sorte de liaison.

Les Art. LXXIV. & LXXV. reglent ce qui doit être observé dans les Coutumes de Normandie , de Bourgogne & de Bourbonnois , par rapport à la survie qu'exigent ces Coutumes , relativement à certaines espèces de dis-

positions Testamentaires.

L'Art. LXXVI. abroge les clauses déroatoires , & le LXXVII. les Testamens mutuels.

L'Article LXXVIII. assujettit même la cause pie , aux formalités de l'Ordonnance.

L'Article LXXIX. déclare ne rien innover en ce qui concerne la qualité & la quotité des biens , l'ouverture , l'enregistrement & la publication des Testamens , la nomination & les fonctions des Exécuteurs Testamentaires.

Enfin les trois derniers Art. LXXX. LXXXI. & LXXXII. régulent les différens effets de la datte des Testamens , relativement à l'Ordonnance.

A R T I C L E L X X I V.

L'Article CCCCXXII. de la Coutume de Normandie , qui exige la survie de trois mois pour la validité des testamens ou autres dis-

De quelques dispos. particul. 447
positions à cause de mort concer-
nant les biens d'une certaine na-
ture , sera regardé comme un Sta-
tut réel , & en conséquence ledit
Article aura son plein & entier
effet pour les biens de ladite natu-
re situés dans des lieux régis par
ladite Coutume , & n'en aura au-
cun pour les biens étant en d'au-
tres Pays ; le tout en quelque lieu
que celui qui aura fait la disposi-
tion , ait son domicile , ou qu'il ait
disposé.

Voici ce que porte l'Article CCCCXXII.
de la Coutume de Normandie dont il est ici
question ; Homme n'ayant enfans , peut disposer
par Testament ou donation à cause de mort , du
tiers de ses acquêts & conquêts immeubles , à
qui bon lui semble , autre toutefois qu'à sa fem-
me & parent d'icelle , pourvu que le Testament
ou donation soit faite trois mois avant le décès ,
& qu'il n'ait disposé dudit tiers entre-vifs. Ainsi
dans la Coutume de Normandie , un hom-
me qui n'a point d'enfans , peut disposer par
Testament du tiers de ses acquêts & conquêts
seulement , à trois conditions ; la premiere ,
que ce sera en faveur de tout autre que de sa
femme & des parens d'icelle : la seconde ,
qu'il n'ait point déjà absorbé ce tiers des ac-
quêts & conquêts , par des Donations entre-

vifs ; la troisième enfin , qu'il survive trois mois à sa disposition testamentaire.

De-là , s'est élevée une question importante entre les Jurisconsultes de cette Province , c'est de sçavoir , si le statut porté par l'Article CCCCXXII. étoit personnel ou réel.

Ceux qui tenoient pour la personnalité , se fondonoient sur ce que la prohibition d'aliéner au de-là du tiers des acquêts & conquêts , & la survie de trois mois , étoient imposées à la personne ; d'où ils concluoient que c'étoit la personne seule qu'il falloit considérer , & non la chose dont on dispoisoit.

Mais Basnage , l'un des plus accrédités Commentateurs de la Coutume de Normandie , s'est déclaré pour l'opinion contraire. « Il » est sans doute , (dit-il , en traitant cet Ar- » ticle) que dans toutes les dispositions pro- » hibitives de vendre ou de donner , cette » prohibition ne soit plus réelle que person- » nelle , lorsqu'elle concerne principalement » la chose , & qu'elle est la cause impulsive » & finale de la Loi. Or quand la Coutume » défend au mari de donner à sa femme , » elle se propose pour fin la conservation du » bien dans les familles ; & afin que par les » flatteries & les artifices d'une femme , ils » ne passent point d'une famille à l'autre. Il » est vrai que la Loi considère aussi l'intérêt » de la personne , & qu'elle veut empêcher , » en lui défendant de donner entre-vifs , qu'il » ne soit dépouillé de son bien. Mais outre » que cette raison cesseroit pour les Dona- » tions testamentaires , qui n'ont d'effet qu'a- » près la mort , la Loi ne considère pas seu- » lement l'intérêt du mari , mais principale- » ment

» ment celui des héritiers & de la famille ;
» & encore que les biens soient accessoires à
» la personne , & non la personne aux biens ,
» il faut s'attacher à l'intention de la Loi , la-
» quelle défendant l'aliénation de la chose ,
» sa prohibition devient réelle , en sorte qu'el-
» le ne peut jamais être restreinte. Que si le
» fait de la personne suffit pour faire céder
» la réalité des Coutumes à la personnalité ,
» il s'ensuivra que les Coutumes sont illusoi-
» res , & qu'elles défendent inutilement de
» vendre ou de donner , puisqu'il ne faut
» que contracter hors de son territoire , pour
» rendre sa disposition sans effet ; il ne suffit
» donc pas que la personne puisse faire une
» chose suivant la Coutume du lieu où elle
» contracte ; il est absolument nécessaire que
» la disposition de la chose dont il contracte
» lui soit permise par la Coutume du lieu de
» sa situation. Car la disposition de la Loi
» doit être plus forte que celle de l'homme
» pour les choses qui lui sont soumises ; &
» comme elle n'a point de pouvoir , sur la
» personne qui n'est point domiciliée dans son
» détroit , aussi la personne à laquelle elle ne
» peut commander , ne lui peut faire la Loi
» dans son territoire. »

C'est d'après ces raisons puissantes , que
notre Ordonnance décide , que la disposition
de la Coutume de Normandie portée dans
l'Article CCCCXXII , sur tout quant à la
nécessité de la survie de trois mois , doit être
regardée comme un statut réel , qui n'assu-
jettit que les biens situés dans cette Cou-
tume.

ARTICLE LXXV.

Voulons pareillement que les dispositions de l'Article VI. du titre VII de la la Coutume du Duché de Bourgogne , & de l'Article CCXVI. de la Coutume du Bourbonnois , sur la nécessité de la survie pour la validité des Actes de partage entre enfans & descendans , ayent leur entier effet , lorsque les biens compris dans lesdits Actes seront situés dans les lieux régis par lesdites Coutumes ; & que lesdites dispositions n'en ayent aucun , lorsque lesdits biens seront situés ailleurs ; & en cas que partie des biens soit située dans l'étendue desdites Coutumes & partie dans les Pays où la condition de la survie pour lesdits Actes n'est point exigée , les contestations qui pourront naître , pour sçavoir si lesdits Actes doivent avoir effet en partie , ou n'en avoir

aucun pour le tout , seront décidées par les Juges qui en doivent connoître, ainsi qu'elles ont pu ou dû l'être par le passé, jusqu'à ce qu'il ait été par nous pourvu, ainsi qu'il appartiendra.

Ce n'est pas seulement dans les Pays de Droit écrit que les partages des peres & meres entre leurs enfans & descendans , ont été accueillis favorablement ; plusieurs de nos Coutumes les ont autorisés par des dispositions textuelles. De ce nombre sont celles du Duché de Bourgogne & du Bourbonnois, Mais chacune de ces Coutumes exige, de la part du Testateur , une survie. La premiere la requiert de 20 jours , la seconde de 40 jours. En conséquence , on a demandé , si cette nécessité de survie étoit un statut réel ou personnel. Cette question s'est agitée au Parlement de Dijon, où elle a été jugée, après bien des débats & des contradictions. Taisan , sur l'Article en question , rapporte un Arrêt dont voici l'espece. Le nommé Romain Loyat domicilié en Bourgogne , eut dessein d'avantager par son Testament son fils plus que sa fille. Mais son état ne lui permettant pas d'espérer de pouvoir survivre les 20 jours qu'exigeoit la Coutume , il se fit transporter en Mâconnois ; il y fit un Testament , par lequel il institua sa fille son héritiere particuliere en la somme de 600 liv. & son fils son héritier universel pour le surplus de ses biens. Après

sa mort , son Testament donna lieu à une contestation portée d'abord devant les Juges de Châlons , qui confirmèrent le Testament pour les biens situés en Mâconnois seulement ; & à l'égard des biens situés en Bourgogne , il fut dit qu'ils seroient partagés *ab intestat*. Appel de la part de la fille au Parlement de Dijon. Son principal moyen étoit que la capacité personnelle du Testateur étant réglée par la Coutume de son domicile , le Testament dont il s'agissoit devoit être déclaré nul , faute de survie , tant pour les biens situés en Mâconnois que pour ceux de Bourgogne.

Le fils opposoit au contraire , que les statuts étant réels , se renfermoient exactement dans leur ressort : & qu'ainsi on ne pouvoit étendre la disposition de la Coutume de Bourgogne aux biens situés dans le Mâconnois. L'Avocat Général qui porta alors la parole , se déclara aussi en faveur de la Sentence. Cependant la cause , après avoir été d'abord appointée au Conseil , fut ensuite jugée définitivement par Arrêt du 12 Juin 1646. qui infirma la Sentence , & ordonna que la succession seroit partagée *ab intestat* , pour tous les biens indistinctement.

Cela présupposé , revenons à notre Article. On y suppose deux cas ; l'un où tous les biens sont situés dans les Coutumes qui prescrivent la survie ; l'autre où partie des biens sont situés dans ces Coutumes , & partie dans des Pays où cette survie n'a point lieu.

Dans le premier cas , l'Ordonnance décide , que cette survie aura son effet. Ainsi point de difficulté à cet égard.

Mais dans le second cas , elle laisse subsis-

ter la Jurisprudence différente des Tribunaux , où les contestations à naître sur ce point , pourront être portées ; en attendant un Reglement que notre Ordonnance annonce à ce sujet , & qui paroît en effet fort à désirer , pour faire cesser la diversité des Jurisprudences des diverses Provinces , & l'incertitude de celles qui n'en auroient point encore de propre à ce sujet.

A R T I C L E L X X V I.

*Abrogeons l'usage des clauses déro-
gatoires dans tous testamens , co-
diciles ou dispositions à cause de
mort. Voulons qu'à l'avenir elles
soient regardées comme nulles &
de nul effet , en quelques termes
qu'elles soient conçues.*

Les clauses déroatoires n'étoient autre chose , que des déclarations insérées dans un Testament ou Codicile , portant que le Testateur n'entendoit point , qu'aucun autre Testament ou Codicile qu'il pourroit faire dans la suite , fut suivi & exécuté , à moins qu'il ne contint cette clause , *Vierge Marie , ayez pitié de moi* , ou tel autre passage latin ou françois qu'il plaisoit au Testateur de faire insérer. (a)

(a) Ricard des Donations part. 3. Chap. 2. sect. premiere nomb. 78 & suivant.

Henrys , liv. 5. chap. 2. quest. 13.

Les Loix & les Jurisconsultes qui ont admis l'usage de ces sortes de clauses , les ont regardées comme de justes précautions que prenoient ceux qui avoient lieu de craindre de ne pouvoir résister à des impulsions étrangères , capables de leur faire faire dans la suite quelque chose contre leur volonté. (a)

Les meilleurs Jurisconsultes les avoient toujours envisagées , comme contraires aux vrais principes du Droit , & comme ne servant qu'à enfanter des procès. Cependant la Jurisprudence presque universelle des Parlemens du Royaume avoit prévalu en leur faveur , & toute la difficulté ne subsistoit plus que sur la maniere de les révoquer valablement par un Testament ou un Codicile postérieur. Pour cela on distinguoit de trois sortes de révocations , en matiere de clauses derogatoires ; sçavoir , la *générale* , la *spéciale* & l'*individuelle*.

La *générale* , étoit celle par laquelle un Testateur révoquoit généralement tous les Testamens qu'il pouvoit avoir faits , quoiqu'ils continssent des clauses derogatoires , dont il ne se souvenoit pas , & qu'il rappelleroit , s'il en avoit mémoire. Cette révocation a toujours été réputée insuffisante , si ce n'est dans le cas , où le Testament qui la renfermoit , contenoit institution d'héritier au profit des enfans du Testateur , qui dans le premier Testament avoit institué des étrangers ou des collatéraux. La faveur des enfans opéroit , dans ce cas , une exception à la regle. (b)

(a) *Leg. si quis in principio. 22. Dig. de legatis 3.*

(c) Henrys , Tome premier , liv. 5. chap. 2. quest. 13.

Maynard liv. 5. chap. 19.

De quelques dispos. particul. 455

La révocation *spéciale*, étoit lorsque le Testateur rappelloit les principales circonstances de la clause dérogoire, sans en énoncer formellement les termes ; comme lorsqu'il disoit, *je révoque le Testament que j'ai fait dans telle année, ou un tel jour, pardevant tel Notaire, en telle Ville, au profit d'un tel, contenant une clause dérogoire, des termes de laquelle je ne me souviens pas.* Cette révocation a toujours été décidée suffisante, quand bien même, on n'y auroit spécifié que quelques-unes des circonstances.

Enfin la Révocation *individuelle* étoit celle par laquelle le Testateur rappelloit, dans le dernier Testament, les propres expressions dans lesquelles la clause dérogoire étoit conçue. Cette dernière sorte de révocation n'a été jugée nécessaire que dans un seul cas ; c'est lorsqu'il s'agissoit de faire perdre, par un second Testament, l'institution qui avoit été faite, dans le premier contenant la clause codicillaire, au profit des Enfans du Testateur (a).

Toutes ces distinctions sur la manière de révoquer les clauses dérogoires, deviennent maintenant inutiles au moyen de l'abrogation faite par l'Ordonnance des clauses dérogoires elles-mêmes. Le Législateur, a par ce moyen, s'appé l'édifice dans son fondement. Rien en effet n'étoit plus contraire à la li-

Graverol sur la Rocheffavin, liv. 4. tit. 8 Article X.
Despeisses, Tome 2. pag. 99.

D'Expilly, chap. 79.

Catelan, Tome premier, liv. 2. chap. premier.

(a) Boniface, Tome 2. liv. premier, tit. 4. chap. premier.

Papou, liv. 20. tit. premier, Art. IV.

berté naturelle que nous avons de changer de volonté jusqu'au dernier instant de notre vie , que l'admission des clauses déroatoires. Elles produisoient beaucoup plus d'inconviniens , que le mal auquel on avoit eu intention de remedier. Ainsi l'Ordonnance , en les abrogeant , a ramené la Jurisprudence à la vérité des principes , & a rempli le vœu des plus habiles Jurisconsultes qui ont traité cette matiere.

ARTICLE LXXVII.

Abrogeons pareillement l'usage des testamens ou codiciles mutuels , ou faits conjointement , soit par mari & femme , ou par d'autres personnes. Voulons qu'à l'avenir ils soient regardés comme nuls & de nul effet , dans tous les Pays de notre domination ; sans préjudice néanmoins de l'exécution des Actes de partage entre enfans & descendans , suivant ce qui a été réglé ci-dessus , & pareillement sans rien innover en ce qui concerne les Donations mutuelles à cause de mort , jusqu'à ce qu'il y ait été par nous pourvû , suivant la
réserve

De quelques dispos. particul. 457
réserve portée par l'Article XLVI.
de notre Ordonnance du mois de
Février 1731.

Abrogeons pareillement l'usage des Testamens ou Codiciles mutuels ou faits conjointement, soit par mari & femme, ou par d'autres personnes : voulons qu'à l'avenir ils soient regardés comme nuls & de nul effet.

Avant l'Ordonnance, une Jurisprudence presque générale dans tous les Parlemens du Royaume, admettoit les Testamens mutuels, sur tout ceux faits entre maris & femmes. (a) Ils n'étoient rejettés qu'au Parlement de Grenoble. (b) Toute la question rouloit sur leur révocabilité ou irrévocabilité.

On n'a jamais douté que les Testamens mutuels ne pussent être révoqués d'un consentement commun pendant la vie des deux personnes qui les avoient faits. Ils le pouvoient même être par la volonté d'un seul, en faisant signifier à l'autre son Acte de révocation. Brodeau sur Louet, & Ricard rapportent nombre d'Arrêts qui l'ont ainsi jugé (c).

Mais pouvoient-ils être révoqués après le

(a) Observations sur Henrys, Tome premier, liv. 5. chap. 4. quest. 34.

[b] Expilly, chap. 173.

(c) Brodeau sur Louet, lettre T. chap. 10.

Ricard du Don Mutuel, chap. 5. sect. 7.

décès de l'un d'eux ? C'est ce qui a partagé la Jurisprudence & les Jurisconsultes.

Plusieurs Auteurs célèbres ont prétendu qu'après le décès de l'une des parties, le Testament mutuel devenoit une Loi nécessaire pour le survivant & qu'il passoit en force de Contrat à son égard. Cependant il est peu de Parlemens où l'on ait admis cette irrévocabilité.

Dans celui de Paris, on a permis au survivant de révoquer le Testament mutuel, pourvû que les choses fussent entieres, c'est-à-dire, pourvû qu'il ne l'eut point accepté ou exécuté (a).

Dans d'autres, comme à Bordeaux, le survivant pouvoit le révoquer, même après l'exécution & l'acceptation : pourvû qu'il renonçât aux avantages à lui faits par le prédécédé (b).

Mais dans quelqu'autres, comme aux Parlemens de Toulouse & de Provence, on admettoit la révocation en faveur du survivant, nonobstant son acceptation; & on lui conservoit encore les avantages à lui faits par le Prédécédé (c).

Pour éviter à l'avenir une aussi grande contrariété de Jurisprudence, l'Ordonnance profcrit entierement les Testamens mutuels par quelques personnes qu'ils soient faits.

[a] Henrys, Tome premier liv. 5. quest. 34.

[b] La Peyrère, lettre T. nomb. 61, 62, & 63.
Journal du Palais Tome premier page 9.

[c] Maynard, liv. 5. chapitre 97.

Cambolas, liv. 4 chap. 43.

Catelan, Tome premier, liv. 2. chap. 35.

Despeisses, Tome 2. page 82.

*Sans préjudice néanmoins de l'exécution
des Actes de partage entre enfans &
descendans suivant ce qui a été réglé
ci-dessus.*

C'étoit un usage très-fréquent en pays de Droit écrit, que les Peres & Meres, qui ayant Enfans, faisoient entr'eux un Testament mutuel, en même tems qu'ils instituoiént le survivant d'eux pour héritier, le chargeoient de remettre la succession aux Enfans; soit en laissant au survivant la liberté d'élire l'un d'entr'eux pour héritier; soit en faisant, par le Testament même, d'autres arrangemens pour le partage de leur succession entre leurs Enfans, après le décès de l'un & de l'autre.

Comme l'institution d'héritier est la base de tout Testament en pays de Droit écrit, l'abrogation des Testamens mutuels auroit pu faire naître une difficulté : ç'auroit été de sçavoir, si l'institution tombant par la nullité du Testament mutuel, le partage de la succession des Peres & Meres, faite entre les Enfans par un pareil Testament qui n'en est qu'une suite, ne doit pas tomber du même coup ?

Mais le Législateur a prévenu la question, en décidant dans l'Article dont il s'agit, que la nullité des Testamens mutuels ne pourroit préjudicier à l'exécution des partages entre Enfans & descendans, qui y seroient contenus; rien ne peut balancer la faveur de ces sortes d'Actes, des Peres & Meres relativement à leurs Enfans. Ils sont les premiers Magistrats de leur famille. Ils en connois-

sent mieux que personne , le fort & le foible,
Qui pourroit conséquemment y dicter des
Loix plus équitables ?

*Et parcillement sans rien innover en ce
qui concerne les donations mutuelles
à cause de mort , jusqu'à ce qu'il y ait
été par nous pourvû , suivant la ré-
serve portée par l'Article XLVI. de
notre Ordonnance du mois de Février
1731.*

Voir ce qui a été ci-devant sur l'Article
XLVI. de l'Ordonnance des Donations,
pages 209 & suivantes.

A R T I C L E LXXVIII.

*Toutes les dispositions de la pré-
sente Ordonnance , soit sur la for-
me ou sur le fond des testamens ,
codiciles ou autres Actes de der-
niere volonté , seront exécutées ;
encore que lescdites dispositions , de
quelque espece qu'elles soient , eus-
sent la cause pie pour objet.*

Les dispositions pieuses avoient toujours
jouï , jusqu'à l'Ordonnance , de la préroga-

tive singulière d'être exemptes de formalités. De sorte que , dans le cas même où un Testament étoit annullé par le défaut de forme , on étoit dans l'usage de maintenir l'exécution des legs pieux. (a) Cependant quelque favorable que soit la cause pie , elle ne peut régulièrement être affranchie de formalités qui n'ont pour objet unique que de rendre plus sûres & plus authentiques les dernières volontés des hommes. S'il en étoit autrement, & si l'on laissoit cette porte ouverte à la suggestion , combien de gens en profiteroient , pour dépouiller les familles de biens , que la loi du sang , le bien public , l'économie générale de la société , tout en mot concourt à leur conserver.

ARTICLE LXXIX.

N'entendons comprendre, dans la présente Ordonnance , ce qui concerne la qualité ou la quotité des biens dont le testateur peut disposer , ni pareillement ce qui regarde l'ouverture , l'enregistrement & la publication des testamens ou autres Actes de dernière volonté , nomination & fonctions des exécuteurs testamentaires ; sur tous lesquels

(a) Bretonnier sur Henrys , Tome 2. liv. 1. quest. 13

points il ne sera rien innové en vertu de notre présente Ordonnance , aux dispositions des Loix ou usages qui sont observés à cet égard.

N'entendons comprendre , dans la présente Ordonnance , ce qui concerne la qualité ou la quotité des biens dont le Testateur peut disposer.

Suivant le Droit Romain^(a) & conséquemment dans tous les pays qui se régissent par le Droit écrit , on peut disposer de tous les biens par Testament , pourvû qu'on laisse la légime aux Enfans & aux ascendans.

Mais en pays Coutumier , il y a presque autant de différences que de Coutumes , sur la *qualité* & la *quotité* des biens dont il est permis de disposer par Testament.

Dans plusieurs , & notamment dans celle de Paris , il est permis de disposer de tous les meubles & acquêts , & du quint des propres seulement ^(b).

Quelques autres laissent la libre disposition du tiers de tous les biens , de quelque nature qu'ils soient ^(c).

Dans les unes , le Testateur peut disposer du quart de tous les biens seulement ; ^(d) dans

[a] Tot. tit. Cod. de inoff. Testam.

(b) Coutume de Paris , Article CCXCII.

(c) Coutume de la Matche , Article CCXII.

(d) Coutume d'Auvergne , chap. 12. Article XLI. & XLIII.

les autres des meubles & acquêts & du tiers des propres (a).

Enfin on en trouve, qui ne donnent la liberté de disposer des meubles & acquêts, que lorsqu'on a des propres; (b) de sorte que, quand on n'a point de propres, les acquêts sont subrogés au lieu & place des propres, & s'il n'y a ni propres ni acquêts, les meubles tiennent lieu de propres. C'est ce qui leur a fait donner le nom de *Coutumes de subrogation*.

Telles sont les principales différences des Loix Coutumieres à cet égard. On en trouvera un détail plus étendu, dans la Conférence des Coutumes par Guenois.

Il auroit été à désirer que pour faire cesser cette variété, on eut pu prendre un juste milieu, & ne laisser subsister, sur cet objet important, qu'une seule & unique Loi, pour tout le Royaume. Mais les inconvéniens sans nombre qui auroient pu en résulter, ont déterminé le Législateur à ne rien innover sur ce point.

Ni pareillement pour ce qui regarde l'ouverture, l'enregistrement & la publication des Testamens ou autres Actes de dernière volonté.

Il arrive très-souvent qu'un Testateur, pour rendre ses dernières intentions plus secrètes lorsqu'il fait un Testament holographe, le cache sous enveloppe, & le dépose en cet état chez un Notaire, ou bien le laisse tout

(a) Coutume de Meaux, Article XXVI.

(b) Coutume de la Rochelle Article XLIV.

cachetté parmi les papiers de sa succession. Dans ce cas, après la mort du Testateur, le Notaire à qui le dépôt en a été fait, ou qui le trouve parmi les papiers lors de l'inventaire, est obligé de le porter chez le Magistrat. Là, on en fait *ouverture*; on dresse un Procès-Verbal de l'état de la pièce, du nombre de ses pages, des renvois, ratures & interlignes; & après que les blancs en ont été bâtonnés & les pages lignées & paraphées par le Juge, le Testament est remis au Notaire, avec le Procès-Verbal *d'ouverture*, pour être mis au rang de ses minutes, & en être délivré des expéditions à qui il appartient.

D'un autre côté quand les Testamens contiennent substitution, ils doivent être enregistrés & publiés, l'Audience tenante, dans la Jurisdiction Royale des lieux, conformément à l'Ordonnance de 1553. Mais cette Ordonnance ne déclaroit point nulles les substitutions faute de publication, & d'ailleurs ne prescrivoit point le tems dans lequel elle devoit être faite, se contentant seulement de déclarer l'héritier responsable des dommages & intérêts des appelés à la substitution. L'Article LVII. de l'Ordonnance de Moulins suppléa à ces obmissions, en prescrivant, à peine de nullité, de publier en jugement les substitutions & de les enregistrer au Greffe des Juridictions Royales les plus proches de la demeure des Testateurs ou Donateurs, & ce, dans six mois; à compter, quant aux substitutions Testamentaires, du jour du décès de ceux qui les auront faites; & à l'égard des autres, du jour que les Actes auront été passés.

Néanmoins comme le but de ces Ordon-

nances est d'empêcher , en rendant publiques les substitutions, que personne ne contracte avec celui qui en est grevé , il n'y a que les Créanciers ou les tiers acquéreurs qui puissent tirer avantage du défaut de publication. Mais les Arrêts , par une Jurisprudence constante , ont toujours regardé comme non recevables à en argumenter , les héritiers du grevé. En effet l'héritier n'étant qu'une seule & même personne avec le Défunt , peut-il exciper de ce dont on peut lui faire un crime , & prétendre nulle une substitution , qui ne l'est vis-à-vis d'un tiers , que parce que l'héritier grevé qu'il représente, n'a pas rempli les devoirs que la Loi lui imposoit , en la faisant publier & enregistrer ?

Nomination & fonctions des Exécuteurs Testamentaires: sur tous lesquels points il ne sera rien innové , en vertu de notre présente Ordonnance , aux dispositions des Loix , ou Usages qui sont observés à cet égard.

Comme , en pays de Droit écrit , l'héritier tire tout son droit du Testament , il est rare d'y voir nommer d'autres Exécuteurs Testamentaires.

Mais il n'en est pas de même en pays Coutumier : l'héritier du sang tient tout de la disposition de la Loi , de sorte qu'il regarde avec chagrin ce qui est distrait de l'héredité par un Testament. De-là, l'usage fréquent de nommer des Exécuteurs Testamentaires, dans les pays

que régissent les Coutumes. Cependant quand le Testateur n'en a pas nommé, il est censé s'en être rapporté à son héritier pour l'exécution de son Testament.

Quoique toutes les Coutumes semblent être d'accord, pour exiger que l'Exécuteur Testamentaire soit saisi de quelques effets pour accomplir le Testament, elles sont toutes très-différentes sur la qualité & la quotité de ces effets.

La Coutume de Paris, veut que l'Exécuteur Testamentaire soit saisi de tous les meubles; à moins que le Testateur n'ait ordonné qu'il sera saisi de sommes certaines seulement. (a)

Celle de Blois, ordonne qu'il ne sera saisi des meubles que jusqu'à concurrence des Legs portés au Testament; mais que si les meubles ne suffisent pas, il soit saisi d'immeubles jusqu'à la même concurrence (b).

La Coutume de Sens va plus loin; elle autorise l'Exécuteur Testamentaire à se saisir des meubles & conquêts immeubles (c).

D'autres enfin, comme celle de Nevers, ajoutent que s'il n'y a point de meubles dans la succession, l'Exécuteur Testamentaire doit le dénoncer en Justice aux héritiers, à ce qu'ils aient à lui fournir, dans un certain délai, deniers ou meubles; & faute par eux de le faire, il peut, avec la permission du Juge qui ne doit jamais la refuser, vendre à faculté de rachat les immeubles de la succession; & s'il ne trouve point d'acquéreur à cette condition,

(a) Paris, Article CCXCVII.

[b] Blois, Article CCLXXVII.

[c] Sens, Article LXXV.

il a la liberté d'en faire la vente pure & simple. (a)

L'Exécuteur Testamentaire est dans l'obligation de faire faire inventaire & ensuite de faire vendre les meubles.

Le tems de son exécution est limité à un an & un jour , après lequel tems il doit rendre compte aux héritiers , & leur remettre ce qui lui reste de deniers ou d'effets, les dispositions Testamentaires acquittées.

Voilà le précis de ce qui concerne les Exécuteurs Testamentaires & leurs fonctions. L'Ordonnance , bien-loin d'y rien changer, se refere au contraire aux anciennes Loix & usages qui ont eû cours jusqu'à présent sur cette matiere.

A R T I C L E L X X X

Les Testamens , Codiciles ou autres Actes de derniere volonté , dont la rédaction ou la suscription auront une date certaine & authentique avant la publication des présentes , par la présence & signature d'un Notaire , Tabellion , ou autre personne publique , ou qui auront été déposés chez un Notaire ou Tabellion ou dans un Gref-

[a] Nevers , chap. 33. Article II. & IV.

se ou autre dépôt public avant la-dite publication , seront exécutés , ainsi qu'ils auroient pû ou dû l'être avant notre présente Ordonnance ; Et ce , encore que le Testateur ne soit décédé qu'après qu'elle aura été publiée.

C'est un principe certain , qu'une Loi nouvelle ne peut avoir un effet retroactif, & qu'elle n'assujettit que pour le tems postérieur à sa promulgation. De-là , les Testamens qui ont des dattes authentiques antérieures à la publication de notre Ordonnance, soit par eux mêmes , soit par leur dépôt chez un Officier , ne doivent point être jugés par les dispositions qu'elle contient, mais relativement à la Jurisprudence qui avoit lieu dans chaque pays , avant que l'Ordonnance intervint pour la fixer.

Le seul cas qui eût pû occasionner quelque difficulté à cet égard , auroit été, si le Testateur étoit décédé après la publication de cette nouvelle Loi. Alors il semble qu'on auroit pû lui reprocher de ne s'y être pas conformé, en abrogeant son premier Testament, & en en faisant un nouveau, avec toutes les formalités qu'elle exige. Mais un pareil reproche pourroit-il avoir un fondement légitime ? Quoiqu'un Testament n'ait d'exécution qu'après le décès de son Auteur , il suffit que sa datte soit authentique avant l'Ordonnance, pour en assurer l'exécution. Peut-on me faire un crime de

n'avoir point observé une Loi que je ne connoissois pas , ni ne pouvois connoître lors de mon Acte ? Vouloir m'obliger à le recommencer , parce que je survis à la publication de cette Loi , ce seroit indirectement lui donner un effet retroactif. Aussi est-ce par cette raison que notre Article ajoute ; *&-ce , encore que le Testateur ne soit decédé qu'après qu'elle aura été publiée.*

ARTICLE LXXXI.

Et à l'égard des Testamens , Codiciles ou autres Actes de derniere volonté , dont la date n'aura point été ou ne sera point devenue authentique , (suivant ce qui est porté par l'Article précédent ,) avant la publication de la présente Ordonnance , voulons qu'elle soit observée en son entier , dans le jugement des contestations qui pourront naître au sujet desdits Actes ; si ce n'est que le Testateur fut decédé avant la publication des présentes, ou dans l'année qui suivra immédiatement ladite publication , auquel cas lesdites contestations seront jugées ainsi qu'elles auroient

*pû & dû l'être avant la présente
Ordonnance.*

L'Article précédent a réglé ce qui concer-
noit les Testamens qui avoient une datte certai-
ne avant l'Ordonnance : celui-ci décide ce que
l'on doit observer pour les Testamens dont la
datte n'est point authentique , comme sont les
Testamens holographes , dont il n'y a point de
dépôt. Dans ces derniers cas , comme on est le
maître de les antidatter ainsi qu'on le juge à
propos, ç'auroit été laisser la liberté à un Testa-
teur de se conformer ou non à l'Ordonnan-
ce , que de se décider par leur date. C'est
pourquoi on n'y a aucun égard ; & ces sor-
tes de Testaments sont astreints à l'exé-
tion exacte & entière de tout ce que pres-
crit la nouvelle Loi , si ce n'est dans deux
cas.

Le premier , c'est lorsque le Testateur est
lui-même décédé avant la publication de la
Loi. On ne peut en effet craindre , en ce cas,
d'anti-datte, ni soupçonner le Testateur d'avoir
voulu se soustraire à l'observation de la Loi.

Le second cas est , lorsque le Testateur est
décédé dans l'année de la publication de l'Or-
donnance ; ce qui est une indulgence & un
tempérament. L'on suppose alors , que le
Testateur n'a point attendu au dernier
instant , pour faire un pareil Testament , &
qu'il peut très-bien arriver , que la confection
en soit antérieure à l'Ordonnance. Cependant
comme la supposition doit céder à la vérité ,
si la datte de ce Testament se trouvoit posté-
rieure quoique dans l'année de la publication ,

rien ne pourroit alors garantir le Testament du défaut d'exécution de la Loi.

A R T I C L E LXXXII.

En cas que les Testamens , Codiciles ou autres dispositions holographes , se trouvent n'avoir point de date , les contestations qui pourront naître sur la validité ou la nullité desdits Actes seront jugées suivant la jurisprudence qui a eu lieu jusqu'à présent dans nos Cours à cet égard ; & ce , lorsque le Testateur sera mort avant la publication de la présente Ordonnance , ou dans l'année qui suivra immédiatement ladite publication : & lorsqu'il ne sera décédé qu'après ladite année , la disposition des Articles XXXVIII. & LXVII. sur la nullité desdits Actes par le deffaut de la date , sera également observée par toutes nos Cours & autres Juges.

Cet Article a pour objet les Testamens

holographes qui n'ont point de datte. L'Ordonnance distingue à leur égard, si le Testateur est mort avant sa publication, ou dans l'année; ou s'il n'est décédé qu'après l'année.

Si le Testateur est décédé avant ou dans l'année de la publication, les contestations seront jugées suivant la Jurisprudence qui avoit lieu dans les Cours Souveraines avant l'Ordonnance; & rien n'est plus incertain que cette Jurisprudence. Ricard, (a) quoique d'avis de rejeter les Testamens holographes qui n'avoient point de datte, rapporte plusieurs Arrêts qui ont décidé la question diversement. Bretonnier sur Henrys (b) semble aussi incliner pour le sentiment de Ricard. Cependant il a été obligé de convenir, que la Jurisprudence n'étoit point encore constante au Palais sur ce point.

Si au contraire la mort du Testateur est postérieure à l'année de publication de la Loi, les Testamens holographes doivent être déclarés nuls par le défaut de datte, d'après les Articles XXXVIII. & XLVII. de notre Ordonnance qui prononcent cette nullité.

Voulons au surplus que la présente Ordonnance, soit gardée & observée dans tout notre Royaume, Terres & Pays de notre obéissance, à compter du jour de la publication

[a] Ricard des Donations part. première, chap. 5. sect. 7. nomb. 1556. & suiv.

[b] Observations sur Henrys, Tome premier, liv. 5. Quest. 3.

qui en sera faite. Abrogeons toutes Ordonnances , Loix , Coutumes , Statuts & Usages différens , ou qui seroient contraires aux dispositions y contenues. Si donnons en Mandement à nos Amés & Féaux les Gens tenans nos Cours de Parlement , Grand-Conseil, Chambre des Comptes , Cour des Aydes , Baillifs , Sénéchaux , & tous autres nos Officiers , que ces Présentes ils gardent , observent , entretiennent , fassent garder , observer & entretenir , & pour les rendre notoires à nos sujets , les fassent lire , publier & registrer. CAR tel est notre plaisir. Et afin que ce soit chose ferme & stable à toujours , Nous y avons fait mettre notre scel. **D O N N É** à Versailles au mois d'Août , l'an de grace mil sept cents trente-cinq , & de notre Règne le vingtième , signé **LOUIS** , & plus bas , par le Roi , Phelypeaux. Visa Chauvelin. Et scellé du grand Sceau de cire verte , en lacs de soye rouge & verte.

R r

*Datte des enregistremens des Cours
Souveraines.*

P A R L E M E N S.

D'Aix
De Besançon
De Bordeaux, 20 Août
De Dijon
De Douay, 15 Juin
De Grenoble
De Metz
De Paris, 3 Février
De Pau
De Rennes, 26 Juin
De Rouen, 10 Juillet
De Toulouse

1736.

Conseils Souverains.

D'Alsace
De Roussillon, 24 Mai

F I N.

A P P R O B A T I O N.

J'Ai lû par l'ordre de Monseigneur le Chancelier le présent Manuscrit : & le Commentaire qu'il contient sur les nouvelles Ordonnances , concernant les *Donations & les Testamens* , m'a paru aussi exact que clair , & aussi propre à faire connoître la nécessité & la sagesse de ces deux Loix, qu'à en faciliter l'intelligence. A Paris ce trente Juin mil sept cens cinquante-deux.

MAIGNAN DE SAVIGNY.

P R I V I L E G E D U R O Y.

L OUIS , PAR LA GRACE DE DIEU , ROY DE FRANCE ET DE NAVARRE ; A nos amés & féaux Conseillers , les Gens tenans nos Cours de Parlement , Maîtres des Requêtes ordinaires de notre Hôtel , Grand Conseil , Prévôt de Paris , Baillifs , Sénéchaux , leurs Lieutenans Civils & autres nos Justiciers qu'il appartiendra : SALUT. Notre amé le Sieur * * * , Nous a fait exposer qu'il desireroit faire imprimer & donner au Public un Ouvrage qui a pour titre , *l'Esprit des deux Ordonnances de Louis XV. sur les Donations & Testamens*. S'il Nous plaisoit lui accorder nos Lettres de Privilége pour ce nécessaires. A ces CAUSES , voulant favorablement traiter l'Exposant , Nous lui avons permis & per-

mettons par ces Présentes, de faire imprimer ledit Ouvrage, en un ou plusieurs volumes, & autant de fois que bon lui semblera, & de le faire vendre & debiter par tout notre Royaume, pendant le tems de *six* années consécutives, à compter du jour de la date des Présentes. Faisons défenses à tous Imprimeurs, Libraires, & autres personnes de quelque qualité & condition qu'elles soient, d'en introduire d'impression étrangère dans aucun lieu de notre obéissance; comme aussi d'imprimer, ou faire imprimer, vendre, faire vendre, débiter ni contrefaire ledit Ouvrage, ni d'en faire aucun Extrait sous quelque prétexte que ce soit d'augmentation, correction, changement, ou autres, sans la permission expresse & par écrit dudit Exposant, ou de ceux qui auront droit de lui, à peine de confiscation des Exemplaires contrefaits, de trois mille livres d'amende contre chacun des contrevenans, dont un tiers à nous, un tiers à l'Hôtel-Dieu de Paris, & l'autre tiers audit Exposant ou à celui qui aura droit de lui, & de tous dépens, dommages & intérêts. A la charge que ces Présentes seront enregistrées tout au long sur le Registre de la Communauté des Imprimeurs & Libraires de Paris, dans trois mois de la date d'icelles; que l'impression dudit Ouvrage sera faite dans notre Royaume & non ailleurs, en bon papier & beaux caractères, conformément à la feuille imprimée, attachée pour modèle sous le contrescel des Présentes; que l'Impétrant se conformera en tout aux Réglemens de la Librairie, & notamment à celui du 10 Avril 1725; qu'avant de les exposer en vente, le Manuscrit qui aura servi de copie à l'impression du-

dit Ouvrage , fera remis dans le même état où l'Approbation y aura été donnée , ès mains de notre très-cher & féal Chevalier Chancelier de France , le fleur de la Moignon , & qu'il en fera ensuite remis deux Exemplaires dans notre Bibliothèque publique , un dans celle de notre Château du Louvre , un dans celle de notredit très-cher & féal Chevalier Chancelier de France , le Sieur de Lamignon , & un dans celle de notre très-cher & féal Chevalier Garde des Sceaux de France , le Sieur de Machault , Commandeur de nos Ordres ; le tout à peine de nullité des Présentes. Du conteuu desquelles vous mandons & enjoignons de faire jouir ledit Exposé & ses ayans causes pleinement & paisiblement ; sans souffrir qu'il leur soit fait aucun trouble ou empêchement. Voulons que la copie des Présentes qui sera imprimée tout au long au commencement ou à la fin dudit Ouvrage , soit tenuë pour dûement signifiée , & qu'au copies collationnées par l'un de nos amés & féaux Conseillers-Secrétaires , foi soit ajoutée comme à l'original. Commandons au premier notre Huiſſier ou Sergent sur ce requis de faire pour l'exécution d'icelles tous actes requis & nécessaires , sans demander autre permission , & nonobſtant clameur de Haro , Chartre Normande & Lettres à ce contraires. C A R tel est notre plaisir. Donné à Verſaille , le vingt-huitième jour du mois d'Août , l'an de grace mil ſept cens cinquante-deux, & de notre Regne le trente-septième.

Par le Roi , en ſon Conſeil.

Signé SAINSON , avec paraphe.

Registré sur le Registre *X I I I.* de la
Chambre Royale des Libraires & Imprimeurs de Paris, N^o. 22. fol. 14. conformément au Règlement de 1723. qui fait défenses, Article IV. à toutes personnes de quelque qualité qu'elles soient, autres que les Libraires ou Imprimeurs, de vendre, débiter & faire afficher aucuns Livres, pour les vendre en leurs noms, soit qu'ils s'en disent les Auteurs ou autrement ; & à la charge de fournir à la susdite Chambre Royale neuf Exemplaires, prescrits par l'Article 108. du même Règlement. A Paris, le 29. Août 1752.

Signé, DAVID, l'aîné, Adjoint.

De l'Imprimerie de C. F. SIMON, Imprimeur de la
Reine & de l'Archevêché, rue des
Mathurins, 1752.



**La Bibliothèque
Université d'Ottawa**

Échéance

**The Library
University of Ottawa**

Date due

--	--	--	--

CE



